

Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich — insbesondere bei betrieblicher Altersversorgung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. Br.

vorgelegt von
Ernst Mikosch
aus Fulda

1981

VEREINBARUNGEN ÜBER DEN VERSORGUNGSAusGLEICH-
INSBESONDERE BEI BETRIEBLICHER ALTERSVERSORGUNG

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i.Br.

vorgelegt von
Ernst Mikosch
aus Fulda

1981



Dekan: Prof.Dr.Albrecht Dieckmann
Referent: Prof.Dr.Manfred Löwisch
Korreferent: Prof.Dr.Wolfram Müller-Freienfels

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Februar 1981

	Seite
<u>A. Einleitung</u>	1
I. Anlass und Ziel der Untersuchung	1
II. Dispositionsbefugnis und gesetzliche Regelung	2
III. Leitgedanken für die Bestimmung der Dispositionsbefugnis	3
 <u>B. Erster Hauptteil:</u>	
<u>Die gesetzlichen Voraussetzungen des Wertausgleichs bei betrieblicher Altersversorgung</u>	7
I. Der Grundsatz der Ausgleichspflicht	7
1. Die Ausgleichspflicht im allgemeinen	7
a. Überblick	7
b. Sinn und Zweck des Ausgleichs	8
2. Die Ausgleichspflicht bei betrieblicher Altersversorgung	9
II. Der Bereich der betrieblichen Altersversorgung	10
1. Die herkömmlichen Formen der betrieblichen Altersversorgung	10
2. Versorgung für Alter, Invalidität und Hinterbliebene	12
a. Altersversorgung	12
aa. Die Anknüpfung an das Alter	12
bb. Der Versorgungszweck	15
b. Invaliditätsversorgung	25
aa. Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit als Voraussetzung?	25
bb. Einzelfälle	30

c. Hinterbliebenenversorgung	34
aa. Ausgangsposition	34
bb. Eigener Standpunkt	35
3. Der betriebliche Charakter der Versorgung	37
a. Allgemeines, Einbeziehung Selbständiger	37
b. Veranlassung durch das Arbeitsverhältnis	39
aa. Zeitlicher Zusammenhang von Versorgungszusage und Arbeitsverhältnis	40
bb. Wirtschaftlicher Zusammenhang von Versorgungszusage und Arbeitsverhältnis	40
cc. Altersversorgung ohne Zusage	44
c. Abgrenzung zur Eigenvorsorge	47
aa. Lebensversicherung des Arbeitnehmers	47
bb. Ersetzung von Barlohn durch Zukunftssicherungsleistungen	48
d. Abgrenzung zur Sozialversicherung	50
aa. Die vom Arbeitgeber finanzierte Höherversicherung des Arbeitnehmers in der gesetzlichen Rentenversicherung	50
bb. Die vom Arbeitsgeber finanzierte freiwillige (Weiter-) Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung	52
e. Abgrenzung zur Beamtenversorgung	52
4. Besondere Formen von Versorgungsleistungen	53
a. Wiederkehrende, nicht auf Geld gerichtete Leistungen; Vergünstigungen	53

b. Einmalige Leistungen	57
aa. Kapitalzahlungen	57
bb. Sachleistungen	59
5. Mischformen, Sonderfälle	60
a. Mischformen	60
b. Ausländische betriebliche Altersversorgung	61
III. Leistungen, Anwartschaften und Aussichten auf Leistungen	64
1. Leistungen	64
a. Laufende und erbrachte Leistungen	64
b. Unbeständige Leistungen	65
2. Anwartschaften	66
a. Anwartschaften nach dem BetrAVG	66
b. Anwartschaften im Versorgungsausgleich	67
3. Aussichten auf Leistungen	68
a. Die Meinungen in der Literatur	68
b. Eigene Auffassung	69
4. Der massgebliche Zeitpunkt	71
a. Grundsatz	71
b. Einzelfälle	72
c. Die Abfindung der Versorgung insbesondere	73
5. Fiktion eines Versorgungsanrechts aufgrund der in §§ 1587 c Nr.2, 1587 h Nr.2 zum Ausdruck kommenden Wertung?	75
a. Das Problem und seine Anwendungsfälle	75
b. Die herrschende Meinung	77
c. Stellungnahme	77

IV. Begründung oder Aufrechterhaltung in der Ehezeit	79
1. Zeitpunkt der Versorgungszusage	79
a. Zusage während der Ehezeit	79
b. Zusage vor der Ehezeit	79
c. Zusage nach der Ehezeit	81
2. Leistungen ohne Versorgungszu- sage	82
3. "Für-Prinzip oder In-Prinzip"?	83
V. Die Unverfallbarkeit von Anwart- schaften und Aussichten	85
1. Die Unverfallbarkeit nach Be- triebsrentenrecht	85
a. Die gesetzlichen Voraussetzun- gen der Unverfallbarkeit	85
b. Die sog.vertragliche Unver- fallbarkeit	86
2. Die Unverfallbarkeit von be- trieblicher Altersversorgung im Versorgungsausgleich	89
a. Problemstellung und Auffassun- gen in der Literatur	89
b. Engeres Verständnis von Un- verfallbarkeit im Versorgungsausgleich	90
c. Fallgruppen	93
aa. Allgemeine Risiken der be- trieblichen Altersversor- gung	93
bb. Unterstützungskassen	94
cc. Vertragliche Unverfallbar- keit	96
dd. Fehlende Insolvenzsiche- rung aus besonderen Grün- den	97
ee. Wartezeiten bei Altersver- sorgung	98

ff. Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte, Bedingungen	99
gg. Besonderheiten der Invaliditätsversorgung	100
hh. Laufende Leistungen	102

C. Zweiter Hauptteil:

<u>Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Scheidung (§ 1587 o)</u>	104
--	-----

I. Die allgemeinen Voraussetzungen der Vereinbarung	104
---	-----

1. Zeitraum	104
-------------	-----

a. Zusammenhang mit der Scheidung vor anhängigem Scheidungsverfahren	104
--	-----

aa. Subjektiver Zusammenhang	104
------------------------------	-----

bb. Verhältnis zu § 1408 II 2	107
-------------------------------	-----

cc. Anforderungen an die Scheidungsabsicht	108
--	-----

b. Zusammenhang mit der Scheidung nach anhängigem Scheidungsverfahren	110
---	-----

aa. Vor Abschluss des Scheidungsverfahrens	110
--	-----

bb. Nach rechtskräftiger Entscheidung über den Versorgungsausgleich	111
---	-----

2. Form	114
---------	-----

3. Genehmigungserfordernis	116
----------------------------	-----

a. Verfahrensfragen	116
---------------------	-----

aa. Zeitpunkt der Genehmigung	116
-------------------------------	-----

bb. Beteiligung des Arbeitgebers	118
----------------------------------	-----

b. Prüfungsrahmen	120
-------------------	-----

VI

aa. Angemessener Ausgleich	120
bb. Eignung zur Alterssicherung	124
II. Ausschluss und Teilausschluss des Versorgungsausgleichs	126
1. Ausschluss des Versorgungsausgleichs	126
a. Ausschluss mit sonstigem Ausgleich als Ersatz	126
b. Entschädigungsloser Ausschluss	127
aa. Grundsätzliche Zulässigkeit	127
bb. Fallgruppen	129
2. Teilausschluss des Versorgungsausgleichs	133
III. Vereinbarungen über die Durchführungsform	134
1. Vereinbarung des Wertausgleichs durch Einzahlung statt Splitting und Quasisplitting	134
a. Ausgangsfälle	134
b. Motive	134
c. Zulässigkeit	136
2. Vereinbarung von Splitting und Quasisplitting anstatt eines Wertausgleichs durch Einzahlung	139
a. Ausgangsfälle	139
b. Motive	140
c. Zulässigkeit	141
3. Die gegenseitige Ersetzung von Splitting und Quasisplitting	149
4. Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs anstatt eines Wertausgleichs durch Einzahlung	150
a. Ausgangsfälle	150
b. Motive	151
c. Zulässigkeit	152

5. Vereinbarung des Wertausgleichs durch Einzahlung anstatt des schuldrecht- lichen Versorgungsausgleichs	155
a. Ausgangsfall und Motive	156
b. Zulässigkeit	156
6. Ausschluss einzelner Durchführungsformen	158
IV. Vereinbarungen über die Einstellung und Nichteinstellung von Versorgungswerten	159
1. Nichtberücksichtigung von betrieblicher Altersversorgung	159
a. Vereinbarungen, Anrechte nicht ein- zustellen	159
aa. Beim Verpflichteten	159
bb. Beim Berechtigten	160
b. Behandlung unverfallbarer Anrechte als verfallbar	161
2. Einbeziehung verfallbarer Anrechte der betrieblichen Altersversorgung in den Wertausgleich	164
a. Beim Berechtigten	164
b. Beim Verpflichteten	166
3. Einbeziehung von Arbeitgeberleistungen, die nicht unter betriebliche Altersver- sorgung fallen, in Wertausgleich und schuldrechtlichen Versorgungsausgleich	166
a. Andere Versorgungen des § 1587 a II	166
aa. Das Problem	166
bb. Beispielsfälle	167
cc. Zulässigkeit	169
b. Ansprüche, die dem Zugewinnausgleich unterliegen	171
aa. Fallgruppen	171
bb. Zulässigkeit, insbesondere Wert- ermittlung	172

VIII

c. Ansprüche, die weder einem sofortigen Zugewinnausgleich noch dem Wertausgleich unterliegen	173
aa. Gütertrennung	173
bb. Künftiges Arbeitseinkommen	173
cc. Ungewisse, unsichere und bedingte Forderungen	174
4. Vereinbarungen über andere Versorgungswerte im Hinblick auf betriebliche Altersversorgung	176
V. Vereinbarungen über die Höhe des Ausgleichs	177
1. Festlegung der Ausgleichsquote	177
2. Bewertung von betrieblicher Altersversorgung	179
a. "Wertminderungen"	179
aa. Zweifel an Bestand und Höhe von Anrechten	179
bb. Zweifel an der Beständigkeit	184
cc. Risiken der Realisierung	184
dd. Wertvergleich mit gesetzlicher Rentenversicherung: Besteuerung und Krankenversicherung	186
ee. Leistungsumfang	188
b. Bemessungsgrundlagen	189
c. Gesamtversorgungssysteme	191
3. Festlegung von für die Bewertung relevanten Zeiträumen und Zeitpunkten	193
a. Feste Altersgrenze einer Versorgungsregelung	193
b. Betriebszugehörigkeit, Dauer der Tätigkeit für ein Unternehmen (§ 17 I 2 BetrAVG), gleichgestellte Zeiten	196
aa. Ungeklärte Zeiträume	196
bb. Unterschiedliche "Qualität"	197
c. Dauer der Ehezeit	198

4. Ermittlung des Barwertes nach der Barwertverordnung	201
a. Volldynamische Versorgung	201
aa. Begriff	201
bb. Vereinbarungen	203
b. Die anwendbaren Tabellen	207
c. Veränderungen der Kapitalisierungsfaktoren und des Barwerts	209
aa. Kürzungen und Erhöhungen gemäss der Barwertverordnung	209
bb. Korrekturen aus besonderen Gründen	209
d. Fehlen von Bewertungskriterien	213
VI. Vereinbarungen über einzelne Voraussetzungen des Versorgungsausgleichs bei betrieblicher Altersversorgung	215
VII. Vereinbarungen über die Durchführung des Versorgungsausgleichs	217
1. Die Modalitäten der Einzahlungspflicht	217
a. Ruhen	217
b. Person des Einzahlenden	218
c. Aufrechnung, Zurückbehaltungsrecht	219
2. Gegenseitige Auskunft	221
3. Das gerichtliche Verfahren nach ZPO und FGG	222
4. Vollstreckung und Sicherung der Ansprüche, insbesondere des Einzahlungsanspruchs	224
a. Vollstreckungsvoraussetzungen und Vollstreckungsverfahren	224
b. Vereinbarungen über die Vollstreckung	225
c. Die Bestellung von Sicherheiten für den Einzahlungsanspruch	226
VIII. Vorbehaltsklauseln	228
1. Widerrufs- und Rücktrittsvorbehalt, Bedingung, Befristung	228

a. Auflösender Vorbehalt	228
b. Aufschiebender Vorbehalt	230
c. Kombination von auflösendem und auf- schiebendem Vorbehalt	230
2. Vereinbarung eines anderweitigen Aus- gleichs für den Fall nachträglicher Än- derungen der Verhältnisse	232
IX. Vereinbarungen über den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich	234
1. Vereinbarungen bis zur Scheidung	234
a. Selbständige und unselbständige Ver- einbarungen	234
b. Vereinbarungsinhalt	234
c. Gerichtliche Genehmigung	236
d. Vereinbarungen nach der Scheidung	238
 <u>D. Dritter Hauptteil:</u>	
<u>Vereinbarungen durch Ehevertrag (§ 1408 II)</u>	240
I. Die allgemeinen Voraussetzungen der Ver- einbarung	240
1. Die Vereinbarung als Ehevertrag	240
2. Die Jahresfrist des § 1408 II 2	240
a. Sinn und Zweck der Vorschrift	240
b. Berechnung der Frist	242
c. Korrekturen in besonderen Fällen?	243
3. Der Übergang zwischen Ehevertrag und Scheidungsvereinbarung	245
a. Verbindung der Vereinbarungen	245
b. Umdeutung	246
II. Ausschluss, Teilausschluss, Modifikation	247
1. Stand der Meinungen	247
2. Stellungnahme	248

III. Die Gestaltungsfreiheit im einzelnen	253
1. Vereinbarungen über die Durchführungsform	253
a. Allgemeine Zulässigkeit	253
b. Fallgruppen	253
2. Vereinbarungen über die Einstellung von Versorgungswerten	255
3. Vereinbarungen über die Höhe des Ausgleichs	256
4. Die Vereinbarung vor Vorbehaltsklauseln	259
5. Sonstige Vereinbarungen	260

E. Vierter Hauptteil:

Vereinbarungen vor Inkrafttreten des 1. EheRG (Art.12 Nr.3 Abs.3 Satz 2 des 1. EheRG)	263
--	-----

F. Fünfter Hauptteil:

Die Einbeziehung des Trägers der betrieblichen Altersversorgung in die Durchführung des Versorgungsausgleichs	266
---	-----

I. Möglichkeiten und Gründe einer Einbeziehung	266
II. Aufbringung des dem Berechtigten "zustehenden" Kapitalbetrages	267
1. Abfindung von Versorgungsanwartschaften	267
a. § 3 BetrAVG	267
aa. Grundsatz	267
bb. Teilabfindung	268
cc. Höhe	268
b. Umfang der Vertragsfreiheit: Abfindungsfreiheit und Abfindungsverbot	270
aa. Fortbestehendes Arbeitsverhältnis	270
bb. Beendetes Arbeitsverhältnis	271
c. Einseitiges Abfindungsrecht	273

2. Arbeitgeberdarlehen	274
a. Arbeitgeberdarlehen ohne Sicherung aus der Versorgungsanwartschaft	274
aa. Rückzahlung des Darlehens wäh- rend des Arbeitsverhältnisses	274
bb. Rückzahlung des Darlehens wäh- rend des Ruhestandsverhältnis- ses	275
cc. Zugriff auf die Versorgungsan- wartschaft durch Aufrechnung	276
dd. Zugriff auf die Versorgungsan- wartschaft durch Pfändung	278
b. Arbeitgeberdarlehen mit Sicherung aus der Versorgungsanwartschaft	279
aa. Sinn und Zweck einer Sicherung	279
bb. Verpfändung der Versorgungsan- wartschaft an den Arbeitgeber	279
cc. Sicherungsabtretung der Versor- gungsanwartschaft an den Ar- beitgeber	280
3. Die Einzahlung des Ausgleichsbetrags	281
a. Sicherung der Zweckbestimmung	281
b. Einzahlung mit Zustimmung des Ar- beitnehmers	281
c. Einzahlung ohne Zustimmung des Ar- beitnehmers	282
d. Bereiterklärung seitens des Arbeit- gebers	282
III. Realteilung der betrieblichen Altersversor- gung zwischen den Ehegatten	284
1. Abtretung von Versorgungsansprüchen an den Berechtigten	284
a. Zulässigkeit der Abtretung	284
aa. Der Abtretungsausschluss gemäss § 399	284
bb. Der Abtretungsausschluss gemäss § 400	286

cc. Der Zeitpunkt der Abtretung	286
b. Zulässigkeit der Vereinbarung nach § 1587 o	286
aa. Abtretung statt schuldrechtli- chem Versorgungsausgleich	286
bb. Abtretung statt Wertausgleich	288
c. Abwicklung des Ausgleichs im einzel- nen	289
2. Begründung von eigenen Versorgungsan- wartschaften der betrieblichen Alters- versorgung beim Berechtigten	291
a. Selbständige Anknüpfung der Alters- sicherung	291
b. Fallgruppen	292
c. Eignung als Ausgleich: Insolvenz- sicherung	293
c. Zulässigkeit der Vereinbarung nach § 1587 o	294
3. Splitting der Versorgung schon bei der Zusage?	295
<u>G. Zusammenfassung</u>	297

Literaturverzeichnis

- | | |
|--|--|
| Ahrend/Dorow | Betriebliche Altersversorgung in der Bundesrepublik Deutschland, Betrieb 1976, Beil. 17 |
| Ahrend/Dorow | Betriebliche Altersversorgung in der Bundesrepublik Deutschland, Betrieb 1978, Beil. 19 |
| Ahrend/Förster | Betriebsrentengesetz, 1975 |
| Ahrend/Förster/Rössler | Die betriebliche Altersversorgung, 1980 |
| Albrecht | Unterbrechung der Beschäftigung und Versicherungspflicht, Wege zur Sozialversicherung 1958, 166 ff. |
| Ambrock | Ehe und Ehescheidung, 1977 |
| Annas | Zur Ermittlung des Versorgungsausgleichs bei privaten Rentenversicherungen, Versicherungswirtschaft 1977, 566 ff. |
| Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e.V. | Stellungnahme zur wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers im Rahmen der Anpassungsprüfung, BetrAV 1980, 156 ff. |
| Bärman | Das neue Ehegüterrecht, AcP 157 (1958/59) 145 ff. |
| Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch | 1. EheRG, Das Neue Ehe- und Scheidungsrecht, 1978 |
| Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann | Zivilprozessordnung, 38. Aufl. 1980 |
| Baumdicker | Die sogenannten "Annehmlichkeiten" im Lohnsteuerrecht, Deutsches Steuerrecht 1977, 683 ff. |
| Belhaus | Einführung in den Versorgungsausgleich, MDR 1976, 793 ff. |
| Bergerfurth | Scheidungsantrag nach Ausschluss des Versorgungsausgleichs, FamRZ 1977, 440 ff. |
| Bergner | Der Versorgungsausgleich in der gesetzlichen Rentenversicherung von A - Z, Deutsche Rentenversicherung 1977, 1 ff. |

- Bergner Rentenauskünfte, Rentenschätzung und Parteivereinbarungen über den Versorgungsausgleich, NJW 1977, 1748 ff.
- Bergner Strukturen und Fragen des Versorgungsausgleichs zwischen Geschiedenen (§§ 1587 ff. BGB) aus der Sicht der Rentenversicherungsträger, Die Sozialgerichtsbarkeit 1978, 133 ff.
- Bergner Versorgungsausgleich-Tabellen für 1980, NJW 1980, 25 ff.
- Biergans Die einkommensteuerliche Behandlung des Versorgungsausgleichs, Betrieb 1977, 955 ff.
- Bley Sozialrecht, 3.Aufl.1980
- Blomeyer Insolvenzsicherung für Versorgungsanwartschaften vor Eintritt der gesetzlichen Unverfallbarkeit, Betrieb 1977, 585 f.
- BMJ-Erläuterungen Reform des Ehe- und Familienrechts, 1976
- Bogs Der Versorgungsausgleich und die betriebliche Altersversorgung, BetrAV 1977, 88 ff.
- Bogs Verfassungs- und Systemaspekte zu Gestalt und Praxis des Versorgungsausgleichs, FamRZ 1978, 81 ff.
- Borgmann Haftpflichtfragen, Anwaltsblatt 1977, 601 f.
- Brockhoff/Müller Reichsversicherungsordnung, Gesamtkommentar, 1967 ff. (Aye/Göbelsmann u.a.)
- Bürgle Zum Versorgungsausgleich bei Scheidungen mit Auslandsberührungen, FamRZ 1978, 388 ff.
- Bumiller/Winkler Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3.Aufl.1980
- Dieckmann Unterhalts- und versorgungsrechtliche Betrachtungen zur Reform des Scheidungsrechts, Festschrift für Bosch, 1976, 119 ff.

- Dieckmann Die Unterhaltsansprüche geschiedener und getrenntlebender Ehegatten nach dem 1. EheRG vom 14. Juni 1976, FamRZ 1977, 81 ff 161 ff.
- Diederichsen Die allgemeinen Ehwirkungen nach dem 1. EheRG und Ehevereinbarungen, NJW 1977, 217 ff.
- Diederichsen Ehegattenunterhalt im Anschluss an die Ehescheidung nach dem 1. EheRG, NJW 1977, 353 ff.
- Diederichsen Das Verfahren vor den Familiengerichten nach dem 1. EheRG, NJW 1977, 649 ff.
- Dörstling Sicherungsabtretung der Forderung an den Schuldner? NJW 1954, 1429 ff.
- Eckert Verfallbare Anrechte im Versorgungsausgleich, NJW 1978, 2084 ff.
- Ellger Die private Rentenversicherung im Versorgungsausgleich, Vierteljahresschrift für Sozialrecht 1978, 17 ff.
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 6. Aufl. 1975; 2. Band, 6. Aufl. 1975; Nachtragsheft zur 6. Aufl., Neues Familienrecht, 1977
- Esser Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970
- Fenge Besprechung des Kommentars von Höfer, BB 1975, 1492
- Fenge Die arbeitsrechtliche Gesetzgebung zur betrieblichen Altersversorgung, Betrieb 1975, 50 ff.
- Fenge Die betriebliche Altersversorgung im Internationalen Privatrecht, Betrieb 1976, 51 ff.
- Fenn Arbeitsverträge mit Familienangehörigen, Betrieb 1974, 1062 ff., 1112 ff.
- Finke Zur Höhe unverfallbarer betrieblicher Ruhegeldanwartschaften, BB 1975, 1070 ff.
- Fischbach Bundesbeamtengesetz, 3. Aufl. 1965
- Fischer Die betriebliche Altersversorgung im Versorgungsausgleich nach dem 1. EheRG, Betrieb 1976, 2351 ff.

- Friederici Sind Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich vorab genehmigungsfähig? FamRZ 1978, 655 f.
- Friederici Vereinbarungen zum familienrechtlichen Versorgungsausgleich aus anwaltlicher und richterlicher Sicht, Anwaltsblatt 1978, 159 ff.
- Galperin/Löwisch Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band 2, 5.Aufl.1976
- Gerhard Die Vollstreckung aus dem Verträge zugunsten Dritter, JZ 1969, 691 ff.
- Gerschermann Die Alterssicherung der geschiedenen Frau in den gesetzlichen Rentenversicherungen der Arbeiter und Angestellten - unter Berücksichtigung unterhaltsrechtlicher Aspekte, Diss. Freiburg 1976
- Gernhuber Lehrbuch des Familienrechts, 3.Aufl.1980
- Gitter Zum Beginn der Unverfallbarkeitsfristen in der betrieblichen Altersversorgung, Betrieb 1978, 791 ff.
- Glade Die einkommensteuerliche Beurteilung des Versorgungsausgleichs bei Ansprüchen aus einer betrieblichen Altersversorgung, Betrieb 1980, 946 ff.
- Glatzel/Meyer/Wein Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, 1975
- Glockner Die Bestimmungen zum Versorgungsausgleich sind ergänzungsbedürftig, BB 1979, 684 ff.
- Glockner/Böhmer Versorgungsausgleich bei Scheidung, 1978
- Göppinger Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 3.Aufl.1978
- Handbuch Handbuch der betrieblichen Altersversorgung, Band I, 5.Aufl.1968 (bearbeitet von Bischoff u.a.)
- Heckelmann Der Zeitpunkt für die Vermögensbewertung bei Beendigung von Zugewinn- und Gütergemeinschaft, FamRZ 1968, 59 ff.

- Heissmann Die betrieblichen Ruhegeldverpflichtungen, 6.Aufl.1967
- Heubeck, K. Zur Bewertung von Ansprüchen aus der betrieblichen Altersversorgung beim Versorgungsausgleich, BetrAV 1976, 95 ff.
- Heubeck, K. Betriebsrenten im Versorgungsausgleich nach der BarwertVO, BB 1977, Beil. 6
- Heubeck, K. Zur Obergrenze bei der Anpassung von Betriebsrenten, Betrieb 1978, 345 ff.
- Heubeck, K. Die relative Obergrenze bei der Anpassung von Betriebsrenten, Betrieb 1980, 831 ff.
- Heubeck/Höhne/Paulsdorff/Rau/Weinert Kommentar zum Betriebsrentengesetz, Band I, 1976; Band II, 1978
- Hilger Das betriebliche Ruhegeld, 1959
- Hillmermeier Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts aus der Sicht der Bundessatzvorschläge, FamRZ 1976, 577 ff.
- Höfer Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Kommentar, 1975
- Höfer/Abt "Geschenkte" Dienstzeiten und die Unverfallbarkeit von Versorgungsanswartschaften, Betrieb 1978, 241o ff.
- Höhne Die betriebliche Altersversorgung im Versorgungsausgleich, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, 1978, 65 ff.
- Hoernigk Krankenversicherung, Kommentar, 1978
- Hoffmann Der vollständige Ausschluss des Versorgungsausgleichs durch einen Ehevertrag, NJW 1977, 235 f.
- Hueck/Hueck Kündigungsschutzgesetz, 1o. Aufl. 1980
- Jansen FGG, Kommentar, 1.Band, 2.Aufl.1969
- Jayme Versorgungsausgleich in Auslandsfällen, NJW 1978, 2417 ff.

- Keidel/Kuntze/
Winkler Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A,
11. Aufl. 1978
- Kemper Die Unverfallbarkeit betrieblicher Ver-
sorgungsanwartschaften von Arbeitnehmern,
1977
- Kiefer/Giloy Die Verbesserung der betrieblichen Al-
tersversorgung, 1975
- Kissel Ehe und Ehescheidung, Band 1, 1977;
Band 2, 1977
- Kniebes/Kniebes Der Versorgungsausgleich nach dem 1.EheRG
in der Praxis des Notars, DNotZ 1977,
269 ff.
- Knur Zugewinngemeinschaft, Ehevertrag und Ver-
fügung von Todes wegen, DNotZ 1957,
451 ff.
- Labus Steuerliche Fragen zum Versorgungsaus-
gleich bei Ehescheidung, BB 1977, 1041 ff.
- Lange, H. Die Stellung des überlebenden Ehegatten
bei der Zugewinngemeinschaft, NJW 1957,
1381 ff.
- Langenfeld Vereinbarungen über den Versorgungsaus-
gleich in der Praxis, NJW 1978, 1503 ff.
- Langenfeld Vorsorgende Gestaltung der Rechtsver-
hältnisse der Ehegatten durch Ehever-
trag, BWNotZ 1979, 21 ff.
- Larenz Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerli-
chen Rechts, 4.Aufl.1977
- Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
4.Aufl.1979
- Laudor Dispositionsmöglichkeiten der Parteien
über Versorgungsanwartschaften aus der
gesetzlichen Rentenversicherung bei Durch-
führung des Versorgungsausgleichs, An-
waltsblatt 1977, 392 f.
- Laux Gehaltsteile zu Direktversicherungen,
Der Leitende Angestellte 1977, Heft 6,
16 ff.
- Löwisch Welche rechtlichen Massnahmen sind vor-
dringlich, um die tatsächliche Gleich-
stellung der Frauen mit den Männern im
Arbeitsleben zu gewährleisten? Gutachten
für den 50. Deutschen Juristentag, Teil-
gutachten Arbeitsrecht, 1974

- Maier, K. Die Eherechtsreform als Zukunftsgesetz, Die Angestelltenversicherung 1976, 435 ff.
- Maier, K. Versorgungsausgleich, 1977
- Maier/Herrmann Die Korrektur des Versorgungsausgleichs, NJW 1980, 11 ff.
- von Maydell Der Versorgungsausgleich, FamRZ 1977, 172 ff.
- von Maydell Dispositionsmöglichkeiten der Ehegatten im Rahmen des Versorgungsausgleichs, FamRZ 1978, 749 ff.
- Meierkamp Strukturen und Fragen des Versorgungsausgleichs zwischen Geschiedenen (§§ 1587 ff. BGB) aus der Sicht des Familiengerichters, Die Sozialgerichtsbarkeit 1978, 186 ff., 227 ff.
- Meincke Konsequenzen der Eherechtsreform im Erbschaftssteuerrecht, Deutsches Steuerrecht 1977, 363 ff.
- Meyer, W. Darlehen im Arbeitsverhältnis, AR-Blattteil D Darlehen I
- Müller-Freienfels Ehe und Recht, 1962
- Münchener Kommentar Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 1979; Band 5, Familienrecht, 1978; Ergänzungsband (Familienrecht), 1979
- Offerhaus Aus der neueren Rechtsprechung zum Steuerrecht, NJW 1978, 614 ff.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 39. Aufl. 1980
- Parche Aus der neueren Rechtsprechung zum Ehe- und Familienrecht, NJW 1979, 139 ff.
- Pensions-Sicherungs-Verein (PSVaG) Bericht über das Geschäftsjahr 1978
- Pensions-Sicherungs-Verein (PSVaG) Bericht über das Geschäftsjahr 1979
- Plagemann, H. Die verschiedenen Versorgungssysteme im Ehescheidungsverfahren, BB 1977, 899 ff.
- Plagemann, H. Versorgungsrechtliche Scheidungsfolgen, BB 1977, 1255 ff.

- Plagemann, H. Nochmals: Vertragliche Gestaltung des Versorgungsausgleichs, NJW 1977, 844
- Plagemann, H. Versorgungsausgleich in der Praxis, Die Sozialgerichtsbarkeit 1978, 54 ff., 96 ff.
- Plagemann, H. Versorgungsausgleich bei Ausländerscheidungen, NJW 1979, 468 f.
- Plagemann, J. Der Versorgungsausgleich aus der Sicht des Rechtsanwalts, Die Angestelltenversicherung 1976, 337 ff.
- Plagemann, J. Die Dispositionsbefugnisse der Beteiligten beim Versorgungsausgleich nach dem 1.EheRG, Zeitschrift für Versicherungswissenschaft 1977, 45 ff.
- Plagemann/Plagemann Der Versorgungsausgleich bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, NJW 1977, 1989 ff.
- Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz, 22.Aufl.1980
- Rahm (Hrsg.) Handbuch des Familiengerichtsverfahrens, 1978 ff.
- Rechtsanwenderbroschüre Siehe BMJ Erläuterungen
- Reinartz Vertragliche Gestaltung des Versorgungsausgleichs, NJW 1977, 81 ff.
- Reinartz Zweifelsfragen bei der Gestaltung von Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich, DNotZ 1978, 267 ff.
- Richardi Sozialplan und Konkurs, 1975
- Richter Die Auswirkungen des Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts auf die notarielle Praxis, BWNotZ 1976, 101 ff.
- Rittner Der Ausbildungsanspruch der "Stiefabkömmlinge" nach dem neuen Familienrecht, DNotZ 1957, 483 ff.
- Rohde Vertraglicher Ausschluss des Versorgungsausgleichs, NJW 1977, 1763 f.
- Rolland Das neue Ehe- und Familienrecht, 1977
- Rolland Das neue Eherecht vor der Bewährung, Die Sozialgerichtsbarkeit 1978, 1 ff.
- Rosenberg/Schwab Zivilprozessrecht, 12.Aufl.1977

- Ruland Der Versorgungsausgleich, NJW 1976, 1713 ff.
- Ruland Betriebliche Altersversorgung und gesetzliche Rentenversicherung, Betrieb 1978, 1833 ff.
- Ruland Die Dispositionsbefugnisse über den Versorgungsausgleich, Deutsche Rentenversicherung 1979, 84 ff.
- Ruland/Tiemann Versorgungsausgleich und steuerliche Folgen der Ehescheidung, 1977
- Sachs Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs in der Notariatspraxis, BWNotZ 1977, 51 ff.
- Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, 4.Aufl.1980
- Schaub/Schusinski/Ströer Altersvorsorge, 1976
- Scheld Verfassungsgerichtliche und notarische Bestandssicherung von § 1408 Abs.2 BGB, JZ 1980, 643 ff.
- Schlund/Schneider Rentenkapitalisierung unter Berücksichtigung der mutmasslichen Lebensdauer des Unterhaltsberechtigten, Versicherungsrecht 1976, 210 ff.
- Schmeiduch Können die Ehegatten im Verfahren über den Versorgungsausgleich im Rahmen des § 1587 o BGB vereinbaren, dass das Familiengericht mehr Anwartschaften aus der gesetzlichen Rentenversicherung überträgt, als § 1587 b Abs.1 BGB vorschreibt? FamRZ 1979, 762 ff.
- Schmid Verwendung von Gehaltsteilen für die betriebliche Altersversorgung, BB 1977, 700 ff.
- Schoden Direktversicherung durch Gehaltsumwandlung - ein guter Tip? Quelle 1978, 300 ff.
- Schön Der Versorgungsausgleich, BWNotZ 1977, 153 ff.
- Schulin Fragen der Anpassung von Betriebsrenten, insbesondere das Problem der betriebsbezogenen Dynamisierung, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1979, 139 ff.

- Schumacher Die Bedeutung der Wartezeiten im Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Betrieb 1976, 1914 ff.
- Schumacher Ersetzung von Barlohn durch Zukunftssicherungsleistungen, Betrieb 1978, 162 ff.
- Schusinski/Stifel Die Technik des Versorgungsausgleichs mit Hilfe der BarwertVO, NJW 1977, 1264 ff.
- Schwab Handbuch des Scheidungsrechts, 1977
- Schwab Verfassungswidrigkeit des Versorgungsausgleichs? FamRZ 1977, 768 ff.
- Schwab Gestaltungsfreiheit und Formbindung im Ehevermögensrecht und die Eherechtsreform, DNotZ 1977, Sonderheft 75 Jahre Deutsche Notarzeitung, 51 ff.
- Simmich Fallen "Gehaltsumwandlungsversicherungen" (Barlohnersetzung durch Versicherungsbeiträge nach § 40 b EStG) unter das Betriebsrentengesetz? Betrieb 1977, 2377f.
- Smolenski/Schmeiduch Berechnungsmodalitäten bei Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung im Versorgungsausgleich, NJW 1979, 301 f.
- Soergel/Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil, 11.Aufl.1978; Bd.5, Sachenrecht 11.Aufl.1978; Bd.5, Familienrecht, 10.Aufl. 1971
- Sonne Die Anpassung betrieblicher Ruhegelder, Diss. München 1978
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erstes Buch, §§ 90 - 240, 12.Aufl.1979; Zweites Buch, §§ 328 - 432, 10./11.Aufl. 1978; Drittes Buch, §§ 1018 - 1296, 11. Aufl.1963; Viertes Buch, §§ 1363 - 1390, 12.Aufl.1979
- Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd.3, 19.Aufl.1975
- Thomas Das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Das Arbeitsrecht der Gegenwart Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, Bd.13 - Dokumentation für das Jahr 1975, 53 ff.
- Thomas/Putzo Zivilprozessordnung, 10. Aufl.1978

Trey	Anwartschaften aus privaten Risikoversicherungen im Versorgungsausgleich, FamRZ 1978, 11 ff.
Trey	Die Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes im Versorgungsausgleich, NJW 1978, 307 ff.
Trey	Das Für-Prinzip der gesetzlichen Rentenversicherung im Versorgungsausgleich, NJW 1978, 1361
Udsching	Haftungsrisiken bei der Durchführung des Versorgungsausgleichs, NJW 1978, 289 ff.
Verband Deutscher Rentenversicherungsträger	Zulässigkeit von Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich nach § 1587 o BGB, FamRZ 1979, 761 f.
Vogel	Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. Juni 1976 (1.Ehe-RG), FamRZ 1976, 481 ff.
Voskuhl	Der Versorgungsausgleich bei Ehescheidung, Betrieb 1976, 2337 ff.
Voskuhl/Pappai/Niemeyer	Versorgungsausgleich in der Praxis, 1976
Westpfahl	Kann die Abfindung von Versorgungsanwartschaften nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses unbeschränkt vereinbart werden? BB 1976, 1470 f.
Wieczorek	Zivilprozessordnung, Bd.IV Teil 1, 1. Aufl. 1958
Wiedemann/Moll	Der persönliche Geltungsbereich des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Recht der Arbeit 1977, 13 ff.
Zimmermann	Der Versorgungsausgleich bei betrieblicher Altersversorgung, 1978
Zöllner	Zivilprozessordnung, 12.Aufl. 1979
Zöllner	Vertragsfreiheit und Bindung an den Typus im ehelichen Güterrecht, FamRZ 1965, 113 ff.
Zur Sache 2/76	Reform des Ehe- und Familienrechts - Versorgungsausgleich, 1976
Zweiter Deutscher Familiengerichtstag	Thesen des Arbeitskreises Versorgungsausgleich, NJW 1979, 2605 f.

A. Einleitung

I. Anlass und Ziel der Untersuchung

Die Einführung des Versorgungsausgleichs durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG) vom 14.6.1976 hat zahlreiche Zweifelsfragen aufgeworfen. Auch abgesehen von den grundsätzlichen rechtspolitischen und verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Versorgungsausgleich bestehen Unstimmigkeiten und Ungerechtigkeiten. Dies gilt, wie unter B. zu zeigen sein wird, gerade auch für den Ausgleich der betrieblichen Altersversorgung, einen Schnittpunkt zwischen Familienrecht und Arbeitsrecht. Bei der überaus grossen praktischen Bedeutung der Materie wäre an sich eine rasche Klärung der Streitfragen geboten, doch scheint es bis dahin noch fern.

Schon aus diesen Gründen ist die Reichweite der Dispositionsbefugnis der Ehegatten von besonderem Interesse. Sie hängt zudem mit dem Verständnis der Ehe aufs engste zusammen. Doch geht es bei der vorliegenden Arbeit keineswegs nur um die rechtliche Zulässigkeit von Vereinbarungen; zu untersuchen ist vor allem, bei welchen Fallgestaltungen die einzelnen vertraglichen Regelungen sinnvoll sein können. Dabei stellt sich immer wieder die Frage, welche Möglichkeiten das BetrAVG offenhält und wie sich die Besonderheiten der betrieblichen Altersversorgung auswirken.

Der Gesetzgeber stellt zwei Arten von Vereinbarungen zur Verfügung: solche nach § 1587 o und solche nach § 14o8 Abs.2 BGB (ausserdem Art.12 Nr.3 Abs.3 1. EheRG als Übergangsregelung). Zulässigkeit und Sinn von Vereinbarungen werden ganz verschieden beurteilt¹.

¹ Einerseits z.B. Göppinger, Vereinbarungen, Rz 425 Fn 1; andererseits z.B. Ruland/Tiemann, Rz 624, 628

Unsicherheit über die Möglichkeiten der Ehegatten kann aber dazu führen, dass die Praxis aus Vorsicht Vereinbarungen auch in an sich geeigneten Fällen nicht zulässt. Das würde eine ungerechtfertigte Bevormundung der Ehegatten bedeuten.

II. Dispositionsbefugnis und gesetzliche Regelung

Schon eine erste Übersicht zeigt, dass weder der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen noch ihr Sinn und Zweck eindeutigen Aufschluss geben. Entstehungsgeschichtlich handelt es sich bei § 1587 o und § 1408 Abs.2 um einen in letzter Minute im Vermittlungsausschuss zustandegekommenen Kompromiss der kontroversen Auffassungen². Allerdings ist dabei keine klar konturierte Grenzlinie gefunden worden. Vom jeweiligen Vorverständnis her wird daher auch bei der Auslegung mit durchaus akzeptabel wirkenden, aber pauschalen Begründungen eine engere oder weitere Linie vertreten. Im übrigen wirken die in der Literatur behandelten Vertragsgestaltungen zufällig.

Die Behandlung der Dispositionsbefugnis der Ehegatten macht es notwendig, den Rahmen für mögliche Vereinbarungen vorweg darzustellen. Doch scheint es vertretbar, sich insoweit auf die gesetzlichen Voraussetzungen des Wertausgleichs bei betrieblicher Altersversorgung (unten B) zu beschränken, die Ausgleichsformen und die Durchführung des Versorgungsausgleichs einschliesslich der Ermittlung der Versorgungswerte dagegen bei den einzelnen Vertragsgestaltungen abzuhandeln, soweit das notwendig ist.

1 Siehe dazu näher unten C.I.3.b. und C.III.2.c.

Auch die Voraussetzungen des Versorgungsausgleichs bei betrieblicher Altersversorgung brauchen nicht umfassend dargestellt zu werden, sondern nur soweit sie Veranlassung zu Parteivereinbarungen geben, insbesondere also bei Zweifelsfragen.

Für die Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit und des Sinns und Zwecks von Vereinbarungen müssen die typischen Situationen aufgespürt werden, in denen bestimmte Vertragsgestaltungen angebracht sein können. Die rechtliche Behandlung muss aber nach der Vertragsgestaltung und nicht nach ihrem Beweggrund systematisieren. Dabei bietet sich ein Gang vom allgemeinen Vertragsgegenstand (Art des Versorgungsausgleichs, Durchführungsform) in immer speziellere Einzelbereiche an. Die Fragestellung lautet jeweils, ob und welche Bedenken vom Recht des Versorgungsausgleichs her oder aus anderen Gründen bestehen und welche positiven Gesichtspunkte die vertragliche Regelung bietet. Es kann also nicht ein einheitlich vorgegebener Gesetzeszweck des § 1408 Abs.2 oder des § 1587 o BGB als Masstab an die Vereinbarungen angelegt werden; vielmehr muss dem Gesetz durch die Untersuchung des Einzelfalles und seiner Ergebnisse erst ein Sinn gegeben werden.

III. Leitgedanken für die Bestimmung der Dispositionsbefugnis

Als mögliche Leitgedanken sind zu nennen:

1. Die Privatautonomie.

Grundsätzlich ist die autonome Regelung unter Berücksichtigung der individuellen Interessenlage und des Eheverständnisses der Ehegatten einer staatlich

verordneten Einheitsregelung vorzuziehen¹. Weite Dispositionsmöglichkeit durch Ehevertrag kann gegenüber dem Typenzwang ehefördernd wirken. Scheidungsvereinbarungen können die Scheidung humaner machen. Andererseits bietet Vertragsfreiheit auch die Möglichkeit von Missbräuchen; zu rechnen ist mit einseitigen Missbräuchen durch den "stärkeren" Vertragspartner wie auch mit beiderseitigen zu Lasten Dritter.

2. Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit.

Eine vertragliche Regelung ist gegenüber der gesetzlichen Regelung flexibler. Sie kann besondere Fallgestaltungen, etwa Risiken oder Unklarheiten im Zusammenhang mit der auszugleichenden Versorgung berücksichtigen, über die das Gesetz hinweggehen muss. Vertragliche Regelungen dienen somit der Einzelfallgerechtigkeit, wenn sie erkannte Ungerechtigkeiten des Gesetzes ausgleichen und besondere Risiken angemessen verteilen. Hier kann sich auch die konkrete Ausgestaltung der Ehe (Aufgabenteilung, Vermögenserwerb) auswirken².

3. Die wirtschaftliche Seite.

Die wirtschaftlichen Folgen von Vereinbarungen einschliesslich etwaiger steuerrechtlicher Auswirkungen

¹ Vgl. schon Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S.33, der vor einer Überschätzung unmittelbarer staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten des Rechts auf die Ehe warnt; vgl. auch aaO, S.174 ff. zur Bedeutung von Vereinbarungen über die wirtschaftlichen Scheidungsfolgen

² Dazu, dass die Aufgabenteilung in der Ehe in erster Linie der freien Entscheidung der Ehegatten unterliegt, vgl. nur BVerfGE 39, 169 ff., 183 m.N. Zu einzelnen "Ehetypen" Gerschermann, S.4 ff. und die Angaben bei Löwisch, D 16 ff.

müssen den Ehegatten möglichst genau bekannt sein. Die Kernfrage lautet: Inwieweit dürfen Nachteile für einen Partner gegenüber der gesetzlichen Regelung entstehen? Man hat hier Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich als solchen (Disposition der §§ 1587 ff.) und im Zusammenhang damit stehende Ausgleichsvereinbarungen (Gegenleistungen) zu unterscheiden. Die Rechtslage bei § 1408 Abs. 2 und bei § 1587 o ist unterschiedlich. Jedenfalls bestehen auch bei § 1587 o keine Bedenken, soweit Nachteile durch Gegenleistungen ausgleichbar sind und ausgeglichen werden. Vereinbarungen können dadurch für beide Teile vorteilhaft werden. Ist der Wertausgleich unwirtschaftlich (§ 1587 b IV) oder unzulässig (§ 1587 b V), ist die einverständliche Regelung besonders sinnvoll.

4. Zeit- und Kostenersparnis.

Auch auf das Scheidungsverfahren können sich Vereinbarungen der Ehegatten wirtschaftlich vorteilhaft auswirken. Vereinfachung darf aber nicht bedeuten, dass an die Stelle eines regelgerechten Versorgungsausgleichs weitgehend ein "Versorgungsausgleich" aufgrund Parteivereinbarung tritt, dem nur überschlägige Werte zugrundeliegen¹. Das wirtschaftliche Risiko muss grundsätzlich kalkulierbar bleiben.

5. Beeinträchtigung des Versorgungsausgleichs.

Die einverständliche Regelung muss durchführbar sein und zu klaren Ergebnissen führen. Das gerichtliche Verfahren bei Ermittlung der Versorgungswerte und Durchführung des Ausgleichs darf durch vereinbarte Modifikationen nicht beeinträchtigt werden. Ebensowenig können die Ehegatten in öffentlich-rechtliche Verhältnisse (vgl. § 1587 o I 2) und in die Rechtspositionen Dritter (vor allem der Arbeitgeber) eingreifen. Manipulationen zu Lasten der Versorgungsträger sind auszuschließen.

¹ Vgl. Bergner, NJW 1977, 1748 ff., 1753 f. mit Beispiel

6. Verbund mit anderweitigen familienrechtlichen Vereinbarungen.

Der Verbund verschiedener Vereinbarungen kann in jedem Stadium der Ehe eine ausgewogene und einheitliche Klärung herbeiführen. Das Mass der Vertragsfreiheit bei Scheidung und Scheidungsfolgesachen bleibt damit auch beim Versorgungsausgleich nicht ohne Einfluss. Auch dieser Zusammenhang muss im Auge behalten werden¹.

7. Bedenken gegen den Versorgungsausgleich.

Die immer wieder geltend gemachten rechtspolitischen und verfassungsrechtlichen Bedenken² gegen den Versorgungsausgleich lassen sich für den Umfang der Vertragsfreiheit fruchtbar machen. Dies gilt insbesondere für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung, wo die gesetzliche Regelung als besonders problematisch empfunden wird³. Dass eine Regelung in Grundkonzeption und einzelnen Auswirkungen -auch in der öffentlichen Diskussion- umstritten ist, spricht für eine entsprechend weite Dispositionsbefugnis. Allerdings besteht hier in besonderem Masse die Gefahr, einem bestimmten (ideologischen) Eheverständnis zu erliegen.

1 Vgl. BT-Drucks.7/4361`S.22 (Stellungnahme der Minderheit im Rechtsausschuss zum Versorgungsausgleich)

2 Vgl. nur Dieckmann, Festschrift für Bosch, 1976, S.119 ff. und die Urteile von Oberlandesgerichten und Familiengerichten in NJW 1979, 311 ff. m.N. Siehe weiter auch BGHZ 74, 38 ff.=NJW 1979, 1289 ff.; BGHZ 74, 86 ff.=NJW 1979, 1300 ff.; BVerfG NJW 1980, 692 ff.

3 Siehe etwa die in NJW 1979, 2605, 2606 mitgeteilten Thesen des Arbeitskreises Versorgungsausgleich des Zweiten Deutschen Familiengerichtstages. Vgl.auch OLG Bremen NJW 1980, 702 ff. und OLG Bremen NJW 1980, 706 ff., jeweils m.N.

B. Erster Hauptteil:

Die gesetzlichen Voraussetzungen des Wertausgleichs bei betrieblicher Altersversorgung

I. Der Grundsatz der Ausgleichspflicht

1. Die Ausgleichspflicht im allgemeinen

a. Überblick

Bei Ehescheidung, Nichtigkeit und Aufhebung der Ehe findet zwischen den Ehegatten ein Versorgungsausgleich statt, soweit wenigstens für einen von ihnen in der Ehezeit Anwartschaften oder Aussichten auf eine näher bezeichnete Versorgung wegen Alters oder Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit begründet oder aufrechterhalten worden sind (§§ 1587 I BGB, 26 I, 37 I EheG). Der Ehegatte mit den höheren Versorgungswerten hat gem. § 1587 a I den Wertunterschied zur Hälfte auszugleichen. Das geschieht in erster Linie "öffentlich-rechtlich", d.h. der Ausgleichsberechtigte erhält im Zusammenhang mit der Scheidung Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung (Wertausgleich). In bestimmten Fällen greift nur der schuldrechtliche Versorgungsausgleich ein: Der Ausgleichsberechtigte erhält vom Verpflichteten eine Geldrente, allerdings nicht bevor der Ausgleichspflichtige selbst eine Versorgung erlangt hat (§§ 1587 f,g).

Der Wertausgleich wird je nach Art der Versorgung vollzogen: bei der gesetzlichen Rentenversicherung durch Übertragung von Anwartschaften des Verpflichteten auf den Berechtigten (§ 1587 b I: "Splitting"), bei der Beamtenversorgung durch Begründung von Anwartschaften für den Berechtigten in einer gesetzlichen Rentenversicherung, wobei die Beamtenversorgung des Verpflichteten entsprechend gekürzt wird (§ 1587 b II: "Quasi-Splitting" oder "fiktive Nachversicherung"), bei sonstigen Versorgungs-

einschliesslich der betrieblichen Altersversorgung durch Begründung von Anwartschaften für den Berechtigten in einer gesetzlichen Rentenversicherung, wobei der Verpflichtete den erforderlichen Geldbetrag einzuzahlen hat (§ 1587 b III). Schliesslich ist in bestimmten Fällen ein Ausgleich "in anderer Weise" vorgesehen (§1587 b IV).

Beim Zusammentreffen verschiedener Versorgungsformen findet eine Verrechnung statt, so dass nur jeweils einer der Ehegatten ausgleichspflichtig und ausgleichsberechtigt sein kann. Zu verrechnen sind zunächst die Versorgungswerte der gesetzlichen Rentenversicherung und der Beamtenversorgung, dann die übrigen Versorgungen untereinander und zuletzt beide Gruppen miteinander (§1587 b I 1, II 1, III 1, 3). Die Einzahlung in die gesetzliche Rentenversicherung gem. § 1587 b III kommt daher immer dann zum Zuge, wenn die betriebliche Altersversorgung (Lebensversicherung usw.) dem Ehegatten mit den insgesamt höheren Anwartschaftswerten zusteht und gleichzeitig die entsprechende Versorgung des anderen übersteigt¹.

b. Sinn und Zweck des Ausgleichs

Der Versorgungsausgleich basiert auf zwei Grundgedanken: Die von den Ehegatten erworbenen Anrechte auf Versorgung seien das Ergebnis einer gleich zu bewertenden partnerschaftlichen Lebensleistung und dürften daher nicht von einem "Zugewinnausgleich" ausgeschlossen bleiben. Ausserdem bestehe der Zweck der Anrechte von vornherein

¹ Im letzten Punkt abweichend Palandt/Diederichsen, § 1587 b Anm.2 b Mitte; siehe näher unten C.III.1. und 2. mit Beispielen

darin, der Altersversorgung beider Ehegatten zu dienen; sie seien nur "formal" einem der Ehegatten zugeordnet¹. Gegenüber der Kritik an dieser Konzeption des Gesetzgebers wird die Solidarität der Ehegatten auch im wirtschaftlichen Bereich als Rechtfertigung herangezogen².

Mit dem Versorgungsausgleich soll dem geschiedenen Ehegatten, der nicht oder nicht voll erwerbstätig war und deshalb keine oder nur eine geringe Altersversorgung aufbauen konnte, eine eigenständige soziale Sicherung verschafft werden. Die gesetzliche Regelung liess sich aber nicht auf diese Fälle beschränken, da ansonsten die Nur-Hausfrau gegenüber der voll mit- (aber weniger) verdienenden Frau, die oft ausserdem noch den Haushalt führt, bevorzugt wäre³.

2. Die Ausgleichspflicht bei betrieblicher Altersversorgung

§ 1587 I verweist auf die verschiedenen Anrechte des § 1587 a II. Was die betriebliche Altersversorgung angeht, ist der Grundsatz des § 1587 I folgendermassen zu verstehen: "Zwischen den geschiedenen Ehegatten findet ein Versorgungsausgleich statt, soweit für sie oder einen von ihnen in der Ehezeit Leistungen, Anwartschaften oder Aussichten auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung begründet oder aufrechterhalten worden sind."

1 BT-Drucks. 7/650 S.155; BT-Drucks. 7/4361 S.18 f.; Ruland, NJW 1976, 1713, 1714 f.; Maier, MüKo vor § 1587 Rz 8-10 u.v.a.

2 Ruland/Tiemann, Rz 25 f.

3 Freilich ist nicht zu verkennen, dass der Wertausgleich auch zu einer ungenügenden Risikoabsicherung oder falschen Risikoverteilung führen oder unwirtschaftlich sein kann (§ 1587 b IV). Zu derartigen Fällen und der angemessenen Lösung durch Parteivereinbarung Glockner/Böhmer, S.119 ff. Ein besonderer Zusammenhang mit betrieblicher Altersversorgung besteht hier regelmässig nicht (vgl. aber etwa unten S. 142 Fn.1)

Drei Punkte sind zu erläutern:

- a. Zwar erwähnt § 1587 I nur Anwartschaften und Aus-sichten, nicht aber "Leistungen". Doch findet ein Versorgungsausgleich auch dann statt, wenn bereits Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung erbracht werden. Das ergibt sich aus den §§ 1587 a II Nr.3 ("Leistungen"¹), 1587 g I 2, II 1 und dem Sinn des Versorgungsausgleichs. Es bedarf also nicht des Kunstgriffs, unter Anwartschaften i.S.d. § 1587 I auch (zukünftige) Ansprüche zu verstehen.
- b. § 1587 I spricht von "Versorgung wegen Alters oder Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit". Diese Formulie-rung hat gegenüber dem Begriff "betriebliche Al-tersversorgung" grundsätzlich keine selbständige Bedeutung, wie sich schon aus § 1 I 1 BetrAVG er-gibt: Invalidität umfasst Berufs- und Erwerbsun-fähigkeit.²
- c. Die §§ 1587 I 2, 1587 a II Nr.3 Satz 2 betreffen nur den Umfang des Bereichs "betriebliche Alters-versorgung" und können daher ausser Betracht blei-ben.

II. Der Bereich der betrieblichen Altersversorgung

1. Die herkömmlichen Formen der betrieblichen Alters-versorgung

Durch die Verwendung des Ausdrucks "betriebliche Altersversorgung" in § 1587 a II Nr.3 knüpft der Gé-setzgeber bewusst an den gebräuchlichen Begriff an, der bereits in § 1 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vom 19.12.1974 (Betr AVG) Eingang gefunden hat. Diese Bestimmung nennt vier Formen betrieblicher Altersversorgung: die sog.

¹ Maier, MüKo, § 1587 Rz 9 aE.

² Zu Unterschieden im Einzelfall ausführlich Zimmermann, S. 38-47 und unten II.2.b.

Direktzusage, bei der der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer verspricht, ihm bei Eintritt des Versorgungsfalles Leistungen zu erbringen (Abs.1); die Direktversicherung, bei der der Arbeitgeber eine Lebensversicherung auf das Leben des Arbeitnehmers schliesst und dieser oder seine Hinterbliebenen bezugsberechtigt sind (Abs.2); die Pensionskasse, die als rechtsfähige Versorgungseinrichtung dem Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch auf Versorgungsleistungen einräumt (Abs.3); die Unterstützungskasse, die im Unterschied zur Pensionskasse keinen Rechtsanspruch gewährt (Abs.4). Alle vier Bereiche fallen in den Versorgungsausgleich nach § 1587 a II Nr.3.

Das BetrAVG und die §§ 1587 ff BGB verfolgen allerdings verschiedene Zwecke und auch die gesetzestech-nische Ausgestaltung ist eine andere.

So regelt das BetrAVG ersichtlich nur bestimmte Teilbereiche des Rechts der betrieblichen Altersversorgung, die als besonders regelungsbedürftig erschienen. Das BGB bezweckt die lückenlose Erfassung der Versorgungen, stellt neben die betriebliche Altersversorgung bestimmte andere Versorgungsarten und unterwirft sie verschiedenen Ausgleichstechniken. Es ist daher trotz der Verwendung des vorgegebenen Begriffs durch das BGB keineswegs zwingend geboten, "betriebliche Altersversorgung" als in beiden Gesetzen identisch zu verstehen. Das gilt zunächst für die Einbeziehung anderer, in § 1 BetrAVG nicht genannter Formen, deren Zugehörigkeit zur betrieblichen Altersversorgung nach Betriebsrentenrecht zum Teil streitig ist. Zu nennen sind hier vor allem die vom Arbeitgeber finanzierte Lebensversicherung, die die Kriterien einer Direktversicherung nicht erfüllt (unten 3.c.), und die vom Arbeitgeber finanzierte

freiwillige (Höher- und Weiter-)Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung (unten 3.d.). Weiter ist auch die Auslegung der vier genannten Formen nicht notwendig deckungsgleich (unten 2-5). Schliesslich können bei grundlegenden Elementen der betrieblichen Altersversorgung vom Zweck der jeweiligen Regelung her Unterschiede bestehen, etwa bei der generellen Bedeutung der Zusage einer Versorgung (unten III.1-3) oder bei der Hinterbliebenenversorgung (unten 2.c.).

* Ausgeklammert wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit der Regelungsbereich des § 18 BetrAVG, der insbesondere die Zusatzversorgungskassen des öffentlichen Dienstes betrifft. Die Vielfalt der hier vorhandenen Systeme macht eine gesonderte Untersuchung erforderlich. Zudem ist die Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes eher mit der Beamtenversorgung als mit betrieblicher Altersversorgung vergleichbar¹.

2. Versorgung für Alter, Invalidität und Hinterbliebene

a. Altersversorgung

Leistungen der Altersversorgung müssen in irgendeiner Form an "Alter" anknüpfen und der Versorgung dienen.

aa. Die Anknüpfung an das Alter

Was mit "Alter" gemeint ist, scheint zunächst unproblematisch: Eine Versorgung wegen Alters setzt voraus, "dass eine Leistung wegen Erreichens eines bestimmten Lebensalters gewährt wird"². Doch bleiben einige Zweifelsfragen.

¹ Schwab, Handbuch, Rdnr 524; OLG Bamberg NJW 1980, 59 ff., 60

² Maier, MüKo, § 1587 Rz 10; ähnlich Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1587 Anm. II 1 b; Bastian/Schmeiduch, § 1587 Anm. 4

(1) Offene Altersgrenze

Die Versorgungsregelung enthält nicht immer eine feste oder jedenfalls eine flexible (§ 6 BetrAVG) Altersgrenze. Diese kann, insbesondere bei leitenden Angestellten, auch bewusst offengelassen sein, wobei einer oder auch beiden Parteien des Arbeitsvertrages das Recht gegeben wird, (unter bestimmten Voraussetzungen) in Pension zu gehen bzw. die Pensionierung vorzunehmen. Denkbar ist auch, dass der Zeitpunkt der Pensionierung jeweils einverständlich festgelegt werden soll.

Bei solchen Fallgestaltungen handelt es sich um betriebliche Altersversorgung¹.

Zwar ist für die einzelne Pensionierung nicht unbedingt das Alter ausschlaggebend; Anlass kann etwa der Verlust einer ausreichenden Vertrauensbasis oder der Führungsstil des leitenden Angestellten sein. Die genannten Regelungen haben ihren inneren Grund aber insgesamt in dem erwarteten altersbedingten Nachlassen der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers (ohne dass von einer Erwerbsminderung die Rede sein könnte). Die Vertragsparteien wollen nur bei der Bestimmung der Altersgrenze flexibel sein, ihnen genügt die "flexible Altersgrenze" nicht. Dass bei der Bewertung der Versorgung Schwierigkeiten auftreten können (vgl. § 1587 a II Nr.3 und § 2 Barwertverordnung), ändert daran nichts.

1 Anders offenbar Kiefer/Giloy, § 1 Anm. 2.1.

Allerdings müssen die Parteien grundsätzlich eine Pensionierung aus Altersgründen gewollt haben. Liegt ein den §§ 36 BBG, 53 a LBG Bad-Württ. (und anderen LBG) vergleichbarer Tatbestand vor (Möglichkeit der Versetzung von "politischen Beamten" in den einstweiligen Ruhestand), so handelt es sich nicht um Altersversorgung. Vielmehr werden die Leistungen hier als Entschädigung für den nach allgemeinem Arbeitsrecht unzulässigen Verlust des Arbeitsplatzes erbracht¹. Sollen die Leistungen zu dem Zeitpunkt des gewöhnlichen Eintritts in den Ruhestand enden, liegt daher keine, sollen auch dann noch Leistungen erbracht werden, liegt nur insoweit betriebliche Altersversorgung vor.

(2) Mindestlebensalter

Fraglich bleibt, ob wenigstens ein Mindestlebensalter für die Leistungen festgelegt sein muss, um von betrieblicher Altersversorgung sprechen zu können. Einige Autoren verlangen, dass man nach der Verkehrsanschauung bereits vom Erreichen eines Ruhestandsalters sprechen kann². Für Direktversicherungen sei die Grenze das 60. Lebensjahr.

Auf die Verkehrsanschauung abzustellen, erscheint wenig befriedigend. Wollen die Arbeitsvertragsparteien eine Versorgung schon in jüngeren Jahren eintreten lassen, so kann ihnen das nicht verwehrt sein. Der Parteiwille darf nicht etwa anhand dessen, was "angemessen" ist, überprüft werden. Sind die Vertragspartner der Auffassung, eine bestimmte Tätigkeit sei so aufreibend, dass eine Altersgrenze von 50 Jahren sinnvoll sei, so muss das (Arbeits-) Recht das respektieren. Missbräuchen kann nach allgemeinen Vorschriften oder etwa nach § 7 V BetrAVG begegnet werden.

1 Die parallele Frage für die Beamtenversorgung wird in der Literatur nicht behandelt

2 So Zimmermann, S.36 ff. im Anschluss an Höfer, ArbGr Rz 10; vorsichtiger dagegen Heubeck/Höhne, § 1 Anm. 24

(3) Alter als Leistungsgrund

Die Leistungen dürfen nicht nur zufällig in das Alter fallen, vielmehr müssen sie gerade wegen Alters gewährt werden. Schon aus diesem Grund zählen Karenzentschädigungen (§§ 74 ff. HGB), Ausgleichsansprüche nach § 89 b HGB, Abfindungen bei Kündigung (§§ 9, 10 KSchG oder vereinbarte Abfindungen) und Sozialplanansprüche nach § 112 BetrVG nicht zu betrieblicher Altersversorgung, auch wenn sie tatsächlich einer Versorgung im Alter dienen und die Parteien das von vornherein in Rechnung gestellt hatten.

bb. Der Versorgungszweck

(1) Die Lohnersatzfunktion

Was unter "Versorgung" im Betriebsrentenrecht zu verstehen ist, lässt sich anhand der gesetzlichen Rentenversicherung bestimmen. Neben dieser bildet ja die betriebliche Altersversorgung in der Konzeption der sog. Drei-Säulen-Theorie¹ die zweite Säule der Alterssicherung. Die Leistung muss demnach dazu bestimmt sein, einen (unterstellten oder tatsächlichen) dauernden Ausfall von Arbeitsverdienst wegen Alters (wenigstens teilweise) abzudecken². Damit korrespondiert der Grundgedanke des Versorgungsausgleichs, der wesentlich von der gesetzlichen Rentenversicherung her bestimmt wird.

1 Dazu etwa Schaub/Schusinski/Ströer, § 1

2 Das wird in der Kommentarliteratur zum BetrAVG so nicht ausgesagt, liegt den Ausführungen aber zumeist zugrunde. Auf die Zeit, für die die Leistungen erbracht werden, stellen ab: Kiefer/Giloy, § 1 Anm. 2.1.

Die Lohnersatzfunktion in diesem Sinne kann sich nur nach objektiven Kriterien richten. Während der Begriff des Alters grundsätzlich jedes Alter umfasst, ist für die Frage, ob die Leistung wirklich an die Stelle von Lohn tritt, die Verkehrsanschauung massgebend. Der Übergang zu anderen Leistungen ist fließend und in verschiedener Hinsicht möglich. "Lohnersatz" muss daher anhand eines Bündels von Kriterien bestimmt werden, die für sich genommen nicht zwingend sein können, aber insgesamt eine wertende Beurteilung ermöglichen:

Erheblich ist zunächst, ob es sich um Leistungen nach dem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben handelt. Freilich kann auch der altersversorgte Arbeitnehmer über die Altersgrenze hinaus aktiv bleiben, ohne dass sich am Charakter seiner Altersversorgung etwas ändert; denn ab diesem Zeitpunkt darf ein Verdienstausfall unterstellt werden. Das zeitliche Kriterium erscheint auch insofern ungenau, als die Versorgungsleistung für die Zeit nach Eintritt in den Ruhestand durchaus schon vorher erbracht werden kann¹. Notwendig ist dann aber die zeitliche Nähe zu einer vorgesehenen Altersgrenze, weil der Arbeitnehmer die Leistungen ansonsten als zusätzliche Lebensgrundlage vor dem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben verwenden kann und häufig auch verwenden wird. Der Alterssicherungszweck muss wenigstens bis zu einem gewissen Zeitpunkt gesichert sein. Die völlige Sicherung einer entsprechenden Verwendung ist jedoch weder erforderlich noch überhaupt möglich.

¹ Jede andere Sicht wäre rein formalistisch; vgl. auch unten 4.b.aa. zur Leistungsform der Kapitalzahlung

Der Leistung darf nicht eine besondere Zweckbestimmung, insbesondere als unmittelbare Gegenleistung oder Entschädigung, zugrunde liegen. Das ist wohl der richtige Kern der Auffassung von Höfer¹, die Versorgung müsse freiwillig zugesagt werden. Bei Lohnzahlungen an den weiterarbeitenden Rentner, Abfindungen für Arbeitsplatzverlust oder Karenzentschädigungen liegt eine solche besondere Zweckbestimmung vor. Betriebliche Altersversorgung besitzt dagegen nur allgemeinen Gegenleistungscharakter für die erbrachte Betriebs-treue insgesamt.

Höhe und Zeitdauer der Leistungen sind an sich unerheblich, da meist nur einteilweiser Ersatz für Lohnausfall in Frage kommt. Sie können jedoch bei zweifelhafter Zweckbestimmung Aussagewert dafür besitzen, ob überhaupt eine Abdeckung von Lohnausfall vorliegt. Das wird insbesondere bei Zahlungen in zeitlicher Nähe zur Altersgrenze relevant werden.

(2) Einzelfälle

Die Lohnersatzfunktion fehlt etwa bei altersbedingten Gehaltserhöhungen, bei Unterstützungsleistungen in Krankheits-, Unglücks- oder Notfällen und bei Leistungen zur Vermögensbildung. Dasselbe gilt für die oben aa. (3) erwähnten Leistungen, soweit im Einzelfall ein Mindestalter festgesetzt ist. Werden z.B. Sozialplanansprüche für den Verlust des Arbeitsplatzes nur älteren Arbeitnehmern gewährt, so wird damit der Tatsache

1 ArbGr Anm.18; dagegen Heubeck/Höhne, § 1 Anm.73

Rechnung getragen, dass ältere Arbeitnehmer einen gleichwertigen Arbeitsplatz regelmässig schwerer finden als jüngere. Der Arbeitnehmer soll aber gerade aktiver Arbeitnehmer bleiben, ein dauernder Ausfall von Arbeitsverdienst - auch wenn es voraussichtlich zu einem solchen kommen wird - nicht abgedeckt werden. Abfindungen und Ausgleichszahlungen sind als besondere Leistungen mit Entschädigungs- oder gezieltem Beihilfecharakter gerade nicht betriebliche Altersversorgung¹.

Anders liegen die Dinge m.E., wenn in erster Linie bezweckt wird, dem Arbeitnehmer den Entschluss endgültig aus dem aktiven Erwerbsleben auszuschneiden, zu erleichtern und zu diesem Zweck Leistungen versprochen werden. Hier handelt es sich der Sache nach um eine vorzeitige Pensionierung verbunden mit einer (vorgezogenen) betrieblichen Altersversorgung. Der Entschädigungscharakter für den Verlust des Arbeitsplatzes tritt in den Hintergrund, wenn eine endgültige Pensionierung stattfindet, wobei unerheblich ist, ob sie von vornherein vorgesehen war oder nicht. Eine Leistung bezieht sich jetzt nur noch auf den Ruhestand. Solche Fallgestaltungen dürften indes

¹ Auch im Beamtenrecht wurden etwa die z.B. von § 105 BBG als Versorgung geregelten Abfindungen und Übergangsgelder (vgl. jetzt §§ 2, 47 BVersG) ihrem Wesen nach nicht als Altersversorgung verstanden. Vgl. dazu Fischbach, BBG, 3. Aufl. 1965, § 105 Anm. 1

häufiger bei einzelvertraglichen Vereinbarungen als etwa in Sozialplänen vorkommen, weil diese meist wenig Veranlassung zu zusätzlichen Leistungen geben¹.

Damit fallen auch sog. Übergangsgelder unter betriebliche Altersversorgung, wenn der Arbeitnehmer schon einige Zeit vor Erreichen der vorgesehenen Altersgrenze aus dem Erwerbsleben ausscheidet und bis zu diesem Zeitpunkt Leistungen (z.B. Fortzahlung des Lohns) erhält. Die h.M.², die betriebliche Altersversorgung hier ablehnt, weil die Zahlungen deutlich von den etwa anschliessenden Versorgungsleistungen abgehoben seien, hat zwar den allgemeinen Sprachgebrauch für sich. Auch ist die Anwendung des BetrAVG meist nicht allzu vordringlich. Dennoch erhält der Arbeitnehmer -gerade auch aus der Sicht des Versorgungsausgleichs- der Sache nach für die erste Zeit seines Ruhestands Leistungen; die Altersgrenze wird durch besondere Vereinbarung vorverlegt. Ist die Altersgrenze einer Versorgungsordnung z.B. allgemein 65 Jahre und sagt der Arbeitgeber den aussertariflichen Angestellten einzelvertraglich zu, er werde sie mit 60 Jahren unter Fortzahlung von 75 % des Gehalts bis zum Alter 65 "beurlauben"³, so wird bei dieser Gruppe das Vertrauen erweckt, mit 60 Jahren "in Pension gehen zu können". Der Angestellte, der nach langer Betriebszugehörigkeit mit 58 Jahren aus betrieblichen Grün-

1 Zum Ausgleichs- und Abfindungsgedanken im Sozialplan siehe etwa Galperin/Löwisch, § 112 Anm.24 f.; zum Begriff der Kündigungsabfindung BAG v.12.9.1979-4 AZR 420/77

2 Heubeck/Höhne, § 1 Anm.28; Höfer, ArbGr. Anm.28

3 Vgl. auch die am 7.6.1978 abgeschlossene Tarifvereinbarung zwischen der Gewerkschaft NGG und dem Verband der Cigarettenindustrie

den gekündigt wird, muss in seinem Vertrauen durch die Unverfallbarkeits- und Insolvenzschutzregeln des BetrAVG geschützt werden. Wird die Vereinbarung erst ad hoc getroffen, so ist eine Insolvenzsicherung ebenfalls durchaus geboten. Andernfalls läge die Möglichkeit nahe - im Hinblick auf die Anwendung des BetrAVG und auch auf den Versorgungsausgleich - in Versorgungsordnungen relativ späte Altersgrenzen festzulegen und dafür vermehrt vorzeitige "Beurlaubungen" vorzunehmen. Auch bei nur wenigen Monaten der "Beurlaubung" würde so der Versorgungsausgleich verkürzt. Dagegen bilden ab dem Zeitpunkt des endgültigen Ausscheidens aus dem Erwerbsleben alle Leistungen für den Ruhestand eine einheitliche Versorgung, so dass weder der Wegfall oder die Änderung der Versorgung nach einem bestimmten Zeitabschnitt, noch die Dauer der vorzeitigen Leistung eine Rolle spielen können.

Noch schwächer sind die Argumente der h.L. bei der Ausklammerung von Überbrückungszahlungen nach Erreichen der vorgesehenen Altersgrenze und Ausscheiden aus dem Betrieb (z.B. die Fortzahlung des Lohns für eine bestimmte Zeit) unter gleichzeitigem Aufschub der (eigentlichen) Versorgungsleistungen. Höhe und Zeitdauer der "Überbrückungsleistung" müssen auch hier unbeachtlich bleiben, da die Leistung nach Eintritt in den Ruhestand und ohne besondere Zweckbestimmung erfolgt. Die Fortzahlung des Arbeitslohns für einige Monate kann zudem durchaus dem Wert einer nach herkömmlichen Vorstellungen üblichen Versorgung für einige Jahre entsprechen¹.

¹ Anders auch hier die Beurteilung von Heubeck/Höhne, § 1 Anm.29; Höfer, ArbGr Anm.28

Versorgungscharakter besitzt auch eine Regelung wie die des in Fn.3, S.19 erwähnten Tarifvertrags in der Cigarettenindustrie, nach der ein Arbeitnehmer mit Erreichen des 60. Lebensjahrs bei vollem Lohnausgleich nur noch 20 Wochenstunden zu arbeiten braucht. Soweit der Arbeitnehmer nicht arbeitet, handelt es sich um eine vorgezogene Versorgung und nicht etwa um eine Verdoppelung des Lohns für die noch ausübte Tätigkeit.

Eine besondere Zweckbestimmung besitzen regelmässig Gratifikationen, etwa als Belohnung der Leistung des Arbeitnehmers für einen bestimmten zurückliegenden Zeitraum. Sie sind daher Entgelt und keine Altersversorgung, auch wenn sie (zufällig) mit der Pensionierung zusammenfallen. Die Weihnachtsgratifikation des demnächst ausscheidenden Arbeitnehmers stellt folglich auch dann keine Altersversorgung dar, wenn ältere Arbeitnehmer mehr erhalten als jüngere. Erst wenn die Höhe der Zahlung an die (demnächst) in Pension gehenden Arbeitnehmer in keinem Verhältnis mehr zu den Gratifikationen an die übrigen Arbeitnehmer steht oder allein die erste Gruppe Leistungen erhält, liegt in Wahrheit eine Altersversorgung vor; ebenso, wenn die schon pensionierten Arbeitnehmer weiterhin ein Weihnachtsgeld erhalten.

Zahlt der Arbeitgeber "Treueprämien" an Arbeitnehmer bei Eintritt in den Ruhestand oder im Alter von 65 Jahren, hat die Belohnung von Betriebstreue vorwiegend den allgemeinen Sinn, dem Arbeitnehmer den Ruhestand zu versüssen, unterscheidet sich also nicht von betrieblicher Altersversorgung¹. Unerheblich muss auch sein, ob die Treueprämie anstelle oder zusätzlich zu einer "regulären" Altersversorgung gezahlt wird.

¹ Vgl. einerseits Höfer, ArbGr Anm.26, 34; andererseits Heubeck/Höhne, § 1 Anm.31

Jubiläumsgaben anlässlich von Unternehmensjubiläen liegt ein besonderer Entgeltzweck ausserhalb von Versorgung zugrunde. Dafür spricht, dass hier - wenn auch vielleicht nach Alter gestaffelt - jedenfalls an einen Grossteil der Arbeitnehmer eine Leistung erbracht wird. Geht es um das Jubiläum eines einzelnen Arbeiters und wird gerade an den Eintritt in den Ruhestand angeknüpft (wobei weitere Voraussetzungen wie etwa 20-jährige Betriebszugehörigkeit unschädlich sind), so liegt in Wahrheit eine (zusätzliche) Leistung für den Ruhestand vor¹. Das Jubiläum bildet keinen besonderen Anlass für Gegenleistungen oder Entschädigungen; es soll lediglich anlässlich der Pensionierung die erbrachte Betriebstreue insgesamt belohnt werden. Dasselbe gilt, wenn für die Leistung ein Alter nahe dem Ruhestand massgebend ist und ein Versorgungswert im obigen Sinne vorliegt. Die bei Vollendung des 60. Lebensjahres als einmaliger Betrag in Höhe von DM 5.000.-- ausgezahlte "Treueprämie" dient regelmässig zum Verbrauch vor Eintritt in den Ruhestand. Sie ist von ihrem ganzen Zuschnitt her keine Altersversorgung. Anders wird meist zu entscheiden sein, wenn es sich z.B. um den zehnfachen Betrag handelt, oder wenn etwa ein Betrag von DM 15.000.-- in 15 gleichen Jahresraten fällig werden soll. Im ersten Fall ist eine lohnende Verwendung für das Alter naheliegend. Der vorgezogene Zahlungstermin liegt etwa im Interesse des Arbeitgebers oder soll dem Arbeitnehmer Zinsen sichern oder eine gute Anlage ermöglichen. Im zweiten Fall dürfte die überwiegende Fälligkeit im Rentenalter im Zweifel einen (einheitlichen) Versorgungszweck anzeigen. Möglich erscheint in manchen Fällen auch eine Aufteilung.

¹ a.A. Höfer, ArbGr. Anm.27; Heubeck/Höhne, § 1 Anm. 32; vgl. auch die Nachweise bei Zimmermann, S. 49
Fn 1

Schwierigkeiten bereiten u.U. Leistungen, die nicht an Alter anknüpfen, nach ihrer Zweckbestimmung aber praktisch nur in enger Nähe zum Pensionsalter in Betracht kommen. Gratifikationen anlässlich des 40. oder eines höheren Dienstjubiläums fallen fast immer in eine relativ kurze Zeitspanne vor der Pensionierung. Das ist beiden Seiten auch bewusst. Weder die Üblichkeit solcher Leistungen, noch die Tatsache, dass auch für frühere Dienstjubiläen Leistungen angesetzt sind, spricht gegen ihren Charakter als Altersversorgung. Die Anwendung des BetrAVG ist, soweit sie überhaupt in Frage kommt (Unverfallbarkeit und Insolvenzversicherung), durchaus sinnvoll. Warum soll etwa der Arbeitnehmer, der kurz vor seinem 40. Dienstjubiläum gekündigt wird (dieses aber noch hätte erreichen können), gänzlich leer ausgehen? Freilich muss, da nicht unmittelbar an die Pensionierung angeknüpft wird, ein Versorgungswert gegeben sein. Dieser kommt wohl erst in Betracht, wenn die Gratifikation 2-3 Monatsgehälter überschreitet.

Lohnzahlungen sind keine betriebliche Altersversorgung. Doch ist auch hier eine Abgrenzung erforderlich, da die Arbeitsvertrags- oder Tarifparteien Lohn beliebig nahe an Altersversorgung heranrücken können:

Vertragliche Regelungen, nach denen der Arbeitgeber Lohn einbehält und dessen Auszahlung bei oder nach Eintritt in den Ruhestand verspricht, zählen zu betrieblicher Altersversorgung. Es geht hier nicht um blosse Fälligkeitsregelungen. Eine Abgrenzung danach, ob es sich "eigentlich" um schon verdientes Arbeitsentgelt oder um ein zusätzliches Leistungsversprechen handelt, wäre, soweit überhaupt möglich, für die Frage der Versorgung ohne Aussagewert¹; denn

¹ Vgl. auch unten 3.c. zum Problem der Ersetzung von Barlohn durch Zukunftssicherungsleistungen

der allgemeine Gegenleistungscharakter und die Möglichkeit linearen Zuwachses bei betrieblicher Altersversorgung (vgl. § 2 BetrAVG) werden nicht mehr bezweifelt¹.

Daraus ergibt sich auch die Lösung für Tantiemen, die erst bei Erreichen der Altersgrenze ausbezahlt werden sollen. Dass die Tantieme jeweils schon in voller Höhe verdient ist, macht zwar die Anwendung der Regeln über die Unverfallbarkeit überflüssig; das steht aber der Annahme von betrieblicher Altersversorgung nicht entgegen², wie insbesondere die Möglichkeit der vertraglichen Unverfallbarkeit zeigt. Zudem bleiben die Vorschriften über die Insolvenzsicherung aktuell.

Unter betriebliche Altersversorgung fallen auch sog. Nachprovisionen³.

1 Schaub/Schusinski/Ströer, S. 45 ff.

2 a.A. Heubeck/Höhne, § 1 Anm.16; im Ergebnis wie hier Höfer, ArbGr. Anm.25

3 LG Aachen BB 1976, 249 f., Zimmermann aaO, S. 22, Fn 1, mit Nachweisen

b. Invaliditätsversorgung

aa. Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit als Voraussetzung?

Ausgleichspflichtig ist nach § 1587 I BGB auch die Versorgung wegen Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit. Die Legaldefinition der betrieblichen Altersversorgung in § 1 BetrAVG spricht demgegenüber von Invaliditätsversorgung und meint damit nicht nur Versorgungen, die Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit im technischen Sinne der §§ 1246 II, 1247 II RVO (mindestens 50 %iger bzw. 100 %iger Verlust der Erwerbsfähigkeit) voraussetzen. Vielmehr soll die unter Umständen engere oder weitere jeweilige Versorgungsregelung massgebend sein. Das BetrAVG erfasst also jede Versorgung, die daran anknüpft, dass die bisherige Tätigkeit aus Gesundheitsgründen nicht mehr voll ausgeübt werden kann¹. Da Arbeitgeber und Tarifparteien nicht gehindert werden können, die Voraussetzungen der Versorgung anders als im Sozialversicherungsrecht festzulegen, kann nur so der umfassende Schutzzweck des BetrAVG verwirklicht werden.

¹ Sachlich übereinstimmend, wenn auch in der Formulierung etwas zu weit Heubeck/Höhne, § 1 Anm.25; siehe auch Schaub, § 81 IV 6 (S. 389 f.)

Fraglich ist daher, ob nur die Invaliditätsversorgung, die an Berufsunfähigkeit oder Erwerbsunfähigkeit im Sinne der RVO anknüpft, in den Versorgungsausgleich fällt, oder ob trotz § 1587 I BGB der arbeitsrechtliche Begriff der Invalidität massgebend ist.

- (1) "Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit" im § 1587 I
Nach der Begründung zu § 1587 im Bericht des Rechtsausschusses vom 28.1.1975¹ verwendet das Gesetz bewusst die anerkannten Begriffe Berufsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit aus dem Sozialversicherungsrecht. Dem Gesetzgeber konnte freilich nicht verborgen bleiben, dass bei den verschiedenen Versorgungsarten des § 1587 a - teilweise sogar generell wie bei der Beamtenversorgung, welche auf Dienstunfähigkeit abstellt - abweichende Voraussetzungen für Versorgungsleistungen bestehen. Wenn er gleichwohl alle diese Versorgungsarten in den Versorgungsausgleich einbezogen hat, so darf man annehmen, dass der Grundsatz des § 1587 I nur die Hauptfälle der Invalidität kennzeichnen will, ohne abweichende Regelungen vom Versorgungsausgleich auszuschliessen.

- (2) Verhältnis § 1587 I - § 1587 a II

Für dieses Ergebnis spricht auch die ausdrückliche Verweisung des § 1587 I auf die Versorgungsarten des § 1587 a II. Eine Einschränkung hätte hier klarer ausgedrückt werden müssen. Zudem gibt § 1587 I zwar Auslegungshilfen für die Einzel-

¹ BT-Drucks. 7/4361, S. 35

normen des Versorgungsausgleichs, geht diesen als gleichrangige Gesetzesbestimmung aber keineswegs vor¹. Betriebliche Altersversorgung in § 1587 a II Nr. 3 ist aus sich heraus und aus dem Gesamtzusammenhang des Versorgungsausgleichs auszulegen, ohne dass dem § 1587 I dabei überragende Bedeutung zukäme.

(3) Sinn und Zweck des Versorgungsausgleichs

Nach dem Grundgedanken des Versorgungsausgleichs sollen alle für Alter und Minderung der Erwerbsfähigkeit erworbenen Versorgungswerte ausgeglichen werden und erscheint die formale Begrenzung nach dem Grad der Erwerbsminderung unangebracht. Ungereimt wäre es z.B., wollte man nur die dem Sozialversicherungsrecht, nicht aber die dem Beamtenrecht entsprechenden Invaliditätsrenten erfassen.

Ist die Invaliditätsversorgung für den Arbeitnehmer günstiger als bei Zugrundelegung von Berufsunfähigkeit, reicht etwa schon eine 40 %ige Minderung der Erwerbsfähigkeit aus, hat ein Versorgungsausgleich statt zu finden. Dass die Versorgung schon vorher einsetzt, darf weder im Anwartschaftsstadium noch bei laufender Leistung zum Nachteil des Ausgleichsberechtigten ausfallen. Kommt es aufgrund einer bei der Scheidung in Frage stehenden derartigen Anwartschaft später zu einer Versorgung, wird tatsächlich vielfach, wenigstens nach einiger Zeit, Berufsunfähigkeit vorliegen. Das Ergebnis lässt sich auch zwanglos mit dem Wortlaut des § 1587 I vereinbaren, da bei Berufs- und Erwerbsunfähigkeit gerade eine Versorgung gewährt wird.

¹ Vgl. die grundsätzlichen Ausführungen bei Larenz, Methodenlehre, S. 250 ff.; siehe weiter auch Esser, S. 94 ff., 96 ff.

Verlangt die Versorgungsordnung für eine Invaliditätsversorgung strengere Voraussetzungen als Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit, so bestehen allerdings Bedenken: § 1587 I setzt möglicherweise einen Mindeststandard Berufsunfähigkeit voraus, unterhalb dessen eine Ausgleichspflicht wegen zu geringer Realisierungschance der Versorgung ausscheiden muss. Strengere Voraussetzungen liegen etwa vor, wenn eine Versorgung nur bei Erwerbsunfähigkeit gewährt wird oder wenn zwar auf Berufsunfähigkeit abgestellt, zusätzlich aber ein Arbeitsunfall im Betrieb verlangt wird. Zimmermann will in diesen Fällen die Wertung des § 1587 I durchgreifen lassen, da ein Versorgungsausgleich für den Ausgleichspflichtigen ungerecht sei¹. Dem ist entgegenzuhalten, dass es im Grunde nur um die richtige Bewertung der Versorgung geht. Das zeigt etwa der Vergleich mit der Altersversorgung, die bezüglich der Altersgrenze keineswegs den Standard der gesetzlichen Rentenversicherung verlangt (vgl. § 2 II 3, III 3 Barwertverordnung). Werden Versorgungsleistungen bereits gewährt, weil die strengeren Voraussetzungen der Versorgung erfüllt sind, entfällt die Prognose einer Realisierung und damit das Bewertungsproblem. Dasselbe gilt, wenn die Versorgungsanwartschaft noch verfallbar ist; denn dann kommt es ohnehin nur zu einem (schuldrechtlichen) Versorgungsausgleich, wenn sie sich noch in einer Versorgung realisiert. Nur der Versorgungswert einer nach § 1 BetrAVG unverfallbaren Anwartschaft ist ungewiss, weil Gesetz- oder Ordnungsgeber für die vielfältigen Versorgungsvoraussetzungen mit ihrer unterschiedlichen Wahrscheinlichkeit einer Versorgung keine Bewertungsmaßstäbe festlegen konnten. In der Tat

1 S. 46 f.

ist unterhalb einer gewissen Wahrscheinlichkeit einer späteren Versorgung ein sofortiger Ausgleich nicht gerechtfertigt; denn er würde zu viele Ausgleichspflichtige treffen, die die Versorgungsvoraussetzungen später nicht erfüllen werden. Dies kann schwerlich vom Familiengericht durch eine geringere Bewertung ausgeglichen werden. Deswegen darf man den Versorgungsausgleich aber nicht völlig ausschliessen. Vielmehr bietet sich an, wie auch sonst in den Fällen zu verfahren, in denen eine Versorgungsposition besteht, deren Realisierung relativ ungewiss ist: Es greift der schuldrechtliche Versorgungsausgleich ein. Obwohl die Voraussetzungen des § 1 BetrAVG erfüllt sind, ist analog der verfallbaren Anwartschaft (§ 1587 f Nr.4) das Mass an Sicherheit der Versorgung, das § 1587 a II Nr.3 S.3 voraussetzt, nicht erreicht¹.

Auch bei teils strengerer, teils grosszügigerer Definition der Invalidität liegt die Versorgungsanwartschaft unter dem Niveau, das die sofortige Ermittlung eines Barwertes nach der Barwertverordnung rechtfertigt. Lässt z.B. die Versorgungsordnung eine geringfügige Minderung der Erwerbsfähigkeit genügen, verlangt sie andererseits aber deren Eintritt aufgrund bestimmter Tätigkeiten im Betrieb, so gleicht sich das nicht etwa aus. Andernfalls würde die vom Gesetzgeber beabsichtigte klare Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom schuldrechtlichen Versorgungsausgleich verwischt werden.

¹ Siehe auch unten V, insbesondere 2.b.

bb. Einzelfälle

(1) Unfallversicherung

Bei der vom Arbeitgeber zugunsten der Arbeitnehmer abgeschlossenen betrieblichen Unfallversicherung ist versichertes Risiko nicht die Invalidität als solche, sondern die Unfallfolge. Doch deckt die Unfallversicherung der Sache nach in bestimmtem Umfang Folgen der Invalidität (vor allem Verdienstausfall) ab. Nach der Leistungspflicht des Versicherers, nicht nach der begrifflich-formalen Bezeichnung der Versicherungsart hat sich auch der Versorgungsausgleich zu richten. Dass nicht jede Invalidität erfasst wird, sondern nur die auf Unfall beruhende, steht einer Einordnung als Invaliditätsversorgung nicht entgegen¹.

Soweit eine betriebliche Unfallversicherung nach § 8 Nr. II AUB² Leistungen bei Invalidität vorsieht, ist sie, anders als in bezug auf sonstige Leistungen (z.B. Heilkosten nach § 8 VI AUB), in den Versorgungsausgleich einzubeziehen. Die erforderliche Trennung beider Bereiche ist auch bei Anwartschaften ohne weiteres möglich, da ohnehin allein der schuldrechtliche Versorgungsausgleich eingreift. Die Invaliditätsentschädigung nach § 8 Nr. II AUB erfüllt allerdings ebenso wie die Verletztenrente der gesetzlichen Unfallversicherung auch die Funktion eines pauschalierten Ausgleichs für die unfallbedingte Einbusse an körperlicher Integrität und eines Schmerzensgeldes³. Doch ist dies unschädlich, weil Invalidi-

1 Siehe oben aa. (3)

2 Abgedruckt z.B. bei Prölss/Martin, Anhang zu §§ 179 bis 185 VVG

3 Vgl. z.B. die sog. Gliedertaxe in § 8 Nr. II 2 AUB

tätsversorgung generell einen Lohnausfall unterstellt und pauschalierten Leistungen vorsieht. In diesem Sinne erbringt jede Invaliditätsversorgung Entschädigungsleistungen, d.h. Leistungen, die einen Ausgleich dafür geben sollen, dass der Arbeitnehmer aufgrund seiner Tätigkeit im Unternehmen seine volle Erwerbsfähigkeit und damit regelmässig auch den vollen Arbeitsverdienst verliert¹.

Die Entscheidung des Gesetzgebers, die gesetzliche Unfallversicherung nicht in den Versorgungsausgleich einzubeziehen, erlaubt keine Folgerungen für die private Unfallversicherung. Ähnlich wie diese erbringt jene einerseits etwa in Gestalt der Heilbehandlung und der Berufshilfe (§§ 547, 556 ff. RVO) Ausgleichsleistungen, die auch im Sinne des Versorgungsausgleichs nur den Arbeitnehmer betreffen und nicht der Ehegattengemeinschaft "zustehen" können, andererseits mit der Verletztenrente (§§ 580 ff. RVO) auch Leistungen bei Minderung der Erwerbsfähigkeit. Hier ist die Wahrscheinlichkeit der Realisierung von Anwartschaften auf Verletztenrente zu gering, um einen Wertausgleich in der gesetzlichen Rentenversicherung zu rechtfertigen.

Der (teilweisen) Einbeziehung der Unfallversicherung in den Versorgungsausgleich stehen auch nicht zwei BGH-Urteile entgegen, die eine Gleichstellung von Invaliditätsversicherung und Unfallversicherung abgelehnt haben². Es ging dabei um die Umstellung von

1 Wegen eines Entschädigungscharakters wird der Versorgungsausgleich abgelehnt von Bastian/Körper, § 1587 a Anm.148-150; Schwab, Handbuch, Rdnr.582; Maier, MüKo § 1587 a Anm.297; vgl. auch BT-Drucks. 77650 S.155; Ruland/Tiemann Rdnr.59 m.w.N. in Fn. 85; a.A. von Maydell, FamRZ 1977, 172, 176, Fn.39

2 BGHZ 4, 219, 222 f.; BGHZ 16, 37, 42 ff.

Invaliditätsrenten nach der Währungsreform, was eine formale Einordnung eher rechtfertigen mag. Zudem wurde nur die Behandlung der Invaliditätsversicherung als Unfallversicherung, falls die Invalidität tatsächlich auf einem Unfall beruht, also gerade die umgekehrte Einbeziehung, abgelehnt.

Für den Anwendungsbereich des BetrAVG ist streitig, ob Lebensversicherung im Sinne des § 1 Abs.2 BetrAVG auch die Unfallversicherung umfasst¹. Doch kann diese Frage auf sich beruhen; denn Anwendungsbereich des BetrAVG und betriebliche Altersversorgung im Versorgungsausgleich müssen sich nicht decken. Eine etwaige Unanwendbarkeit des BetrAVG bliebe folgenlos, weil bei Anwartschaften ohnehin nur der schuldrechtliche Versorgungsausgleich eingreift. Kann z.B. der Arbeitgeber bei einem Konkurs die Unfallversicherung nicht aufrechterhalten und kommt die Insolvenzversicherung nicht zum Zuge, so kann dem Rechnung getragen werden.

(2) Berufsunfähigkeits- und Berufsunfähigkeitszusatzversicherung

Die betriebliche Berufsunfähigkeitsversicherung² fällt als Invaliditätsversorgung in den Versorgungsausgleich. Werden noch keine Leistungen erbracht, so ist zumindest die Berücksichtigung in einem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich geboten. Sind die Voraussetzungen des § 1 BetrAVG erfüllt, besitzt der Arbeitnehmer eine der Direktzusage entsprechende Position; seine unverfallbare Anwartschaft³ ist nach § 1587 b III auszugleichen.

¹ Vgl. Zimmermann, S. 54 ff. mit Nachw.

² Vgl. VerBAV 1974, 351 ff.

³ Richtig Annas, VW 1977, 566 ff., 568 f. Die Bedenken von Schwab, Handbuch, Rdnr.573 gehen an dem erklärten Willen des Gesetzgebers vorbei. BR-Drucks. 191/77 S.14 f. vergleicht allerdings nur die private Berufsunfähigkeitsversicherung und die betriebliche Direktzusage; ausführlich zum ganzen Zimmermann, S. 51 ff.

Fraglich bleibt, wie Leistungen aus einer Berufsunfähigkeitszusatzversicherung zu behandeln sind, die lediglich die Beiträge zur Hauptversicherung (der Altersversorgung) weiterfinanzieren. Da sie für den Versicherten im Invaliditätsfall keine Rente, sondern eine Beitragsbefreiung bedeuten, wird ihre Einbeziehung in § 1587 a II Nr. 5 ("Renten aufgrund eines Versicherungsvertrages") zu Recht abgelehnt¹. Damit steht das Ergebnis für die Berufsunfähigkeitszusatzversicherung im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung aber noch nicht fest². Da die Beitragsbefreiung gerade auf die Milderung der wirtschaftlichen Folgen der Invalidität abzielt, kann ihr ein - wenn auch geringer - Versorgungscharakter nicht abgesprochen werden. Andererseits führt dies nicht zur Annahme einer Versorgung wegen Alters- und Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit im Sinne von § 2 II Barwertverordnung. Weder die Anwendung von Tabelle 1 noch eine Kombination der Tabellen 2 und 3 der Barwertverordnung würde der Sachlage gerecht; beide Versorgungsungen stehen nicht beziehungslos nebeneinander. Es handelt sich um ein Bewertungsproblem, das auch sonst auftritt, wenn die Invaliditätsleistungen hinter den Altersversorgungsleistungen zurückbleiben³, das aber eine Herausnahme der Invaliditätsversorgung aus dem Versorgungsausgleich nicht ohne weiteres rechtfertigt.

1 Maier, MüKo, § 1587 a Anm. 301; Bastian/Körber, § 1587 a Anm. 160

2 A.A. ohne Begründung Zimmermann, S. 53 f.

3 Siehe auch unten V.2.c.gg und C.V.2.a. ee.

c. Hinterbliebenenversorgung

aa. Ausgangsposition

Die Einbeziehung der Hinterbliebenenversorgung, des dritten Bereichs betrieblicher Altersversorgung im Sinne des § 1 BetrAVG, in den Versorgungsausgleich wird mit drei Argumenten allgemein abgelehnt: § 1587 I 1 nenne nur die Versorgung wegen Alters- oder Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit, nicht aber die Hinterbliebenenversorgung¹; die Versorgung müsse nach § 1587 I 2 mit Hilfe des Vermögens oder durch Arbeit der Ehegatten begründet worden sein²; der Versorgungsausgleich solle dem ausgleichsberechtigten Ehegatten eine selbständige Versorgung sichern³.

Die erste Begründung erlaubt keinen zwingenden Schluss. § 1587 I enthält nur einen - nicht notwendig vollständigen - Grundsatz. Da § 1587 I und § 1587 a II gleichrangig nebeneinanderstehen, ist eine selbständige Auslegung der Versorgungsarten des § 1587 a II nicht von vorneherein ausgeschlossen⁴. Zum zweiten ist auch die Hinterbliebenenversorgung regelmässig durch Arbeit der Ehegatten begründet. Schliesslich stellt das dritte Argument lediglich eine keineswegs immer passende Motivation des Gesetzgebers dar, der bei der Ermittlung der Voraussetzungen des Versorgungsausgleichs im einzelnen unterschiedlicher Wert zukommt⁵.

1 Maier MüKo, § 1587 a Anm.170 mit Nachw.

2 Zimmermann, S. 23

3 Vgl. nur Palandt/Diederichsen, § 1587 Anm.2 b; Schusinski/Stifel, NJW 1977, 1264, 1265

4 Siehe oben b. aa. (2)

5 Vgl. auch sogleich unten bb.

bb. Eigener Standpunkt

Auch die Hinterbliebenenversorgung wird aufgrund der in der Ehezeit geleisteten Arbeit erworben und beruht damit nach der Grundvorstellung des Gesetzes auf der gemeinsamen Lebensleistung der Ehegatten. Eine Ausgleichspflicht des Arbeitnehmers kommt in Frage, wenn er, wie das regelmässig der Fall ist, die Hinterbliebenenversorgung "über die Scheidung rettet". Sie entgeht dann dem geschiedenen Ehegatten und kommt einem etwaigen neuen Ehepartner zugute, so dass der Arbeitnehmer u.U. Aufwendungen für dessen Versorgung spart. Dieser Gesichtspunkt kann aber keine Ausgleichspflicht begründen. Nach der ratio des Versorgungsausgleichs scheidet eine Ausgleichspflicht aus, wenn es sich nicht um eine Versorgung des Arbeitnehmers handelt, dieser gar nicht in den Genuss von Versorgungsleistungen kommen kann.

Ein Ausgleich durch den versorgungsberechtigten Ehegatten kommt nur in Frage, wenn die Versorgungsberechtigung aus der geschiedenen Ehe stammt. Sieht die Versorgungsordnung eine Geschiedenenwitwenrente vor, besitzt die geschiedene Ehefrau auch nach der Scheidung ein Anrecht auf Hinterbliebenenleistungen¹. Heiratet dagegen die versorgungsberechtigte Witwe, ohne dass ihre Versorgung dadurch entfällt, und wird sie später geschieden, so beruht die Versorgung schon nicht auf der Ehezeit (§ 1587 I 1). Gegen einen Versorgungsausgleich im ersten Fall spricht nicht etwa, dass die Hinterbliebenenversorgung allein der Arbeitnehmerwitwe zugute kommen soll. Der Gesetzeszweck, beide Ehegatten an der rechtlich nur dem

1 Diese Versorgungsart ist zwar im Rückzug begriffen (vgl. Ahrend/Förster/Rössler, S.57); dennoch wird man wohl nicht davon ausgehen können, mit dem Inkrafttreten der Bestimmungen über den Versorgungsausgleich sei die Geschäftsgrundlage für eine Geschiedenenwitwenrente entfallen.

einen Ehepartner zugeordneten Versorgung zu beteiligen, kann konsequenterweise nicht da haltmachen, wo gerade der andere Ehegatte die Versorgung erarbeitet hat; beruht die Arbeit, die die Zukunftssicherung bewirkt, auf der gemeinsamen Lebensleistung der Ehegatten, so muss jeder Ehegatte nach der Scheidung einen gleichen Versorgungsteil erhalten und darf der arbeitende Ehegatte nicht schlechter stehen. Unzweifelhaft ist der Versorgungsausgleich ja etwa auch, wenn der Arbeitnehmer eine Lebensversicherung mit unwiderruflicher Bezugsberechtigung des Ehegatten bezogen auf seinen eigenen Todesfall abgeschlossen hat¹. Bleibt die Hinterbliebenenversorgung beim Wertausgleich unberücksichtigt, kann die geschiedene Ehefrau neben der durch Einzahlung in die gesetzliche Rentenversicherung begründeten Rente eine Geschiedenenwitwenrente und damit eine überproportionale Versorgung erhalten. Anders beim schuldrechtlichen Versorgungsausgleich: Gegenüber der Situation ohne Ehescheidung tritt keine ungerechtfertigte Verbesserung ein, weil die geschiedene Ehefrau zu Lebzeiten des Arbeitnehmers "ihren Anteil", danach erst als Ersatz die Hinterbliebenenversorgung erhält.

Die Hinterbliebenenversorgung ist daher im Wertausgleich zu berücksichtigen, soweit ein Ehegatte durch sie in bestimmtem Umfang bereits abgesichert wird. Der Tatsache, dass die Sicherung nicht in jedem Falle und in sehr unterschiedlichem Masse zum Zuge kommt, muss bei der Bewertung Rechnung getragen werden. Da die Barwertverordnung für die ausgleichspflichtige Hinterbliebenenversorgung keine Bewertungskriterien enthält und wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung auch nicht zu enthalten braucht, ist die Bewertung Sache des Familiengerichts und der Parteien.

¹ Maier, MÜKo, § 1587 a Anm. 312 in Abgrenzung zu Anm. 290

3. Der betriebliche Charakter der Versorgung

a. Allgemeines, Einbeziehung Selbständiger

Betriebliche Altersversorgung setzt nach § 1 I.1 BetrAVG Versorgung aus Anlass eines Arbeitsverhältnisses voraus. Andererseits reicht die Veranlassung durch das Arbeitsverhältnis für den betrieblichen Charakter einer Versorgung nicht aus; der Anwendungsbereich des BetrAVG ist durch die Beschränkung auf vier besonders ausgestaltete Durchführungsformen in § 1 gekennzeichnet, wenn auch nicht endgültig festgelegt. Gleiches gilt für betriebliche Altersversorgung im Sinne des § 1587 a II Nr. 3 BGB. Sie umfasst auch nach der Konzeption des Versorgungsausgleichs die vier Formen des § 1 BetrAVG¹. Doch kann die sinnvolle Einordnung in die Versorgungsarten des § 1587 a ein erweitertes Verständnis von betrieblicher Altersversorgung bedingen, nämlich die Einbeziehung anderer Versorgungsformen aus Anlass des Arbeitsverhältnisses. Ebenso sind in einzelnen Punkten Einschränkungen möglich.

§ 17 I 2 BetrAVG erweitert den Anwendungsbereich der arbeitsrechtlichen Vorschriften des Gesetzes auf Nichtarbeitnehmer, wenn ihnen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind. Das Gesetz verwendet insoweit nicht den Begriff betriebliche Altersversorgung². Trotzdem ist § 1587 a II Nr.3

1 Vgl. oben II. 1.

2 Welcher aber der betrieblichen Praxis durchaus entsprechen dürfte; vgl. auch Heubeck/Höhne, § 17 Anm.62 a

anwendbar¹. Für den Versorgungsausgleich kommt es nämlich darauf an, dass die wirtschaftliche und rechtliche Ausgestaltung wegen der Anwendbarkeit des BetrAVG der Sache nach identisch ist und die Versorgung sich von betrieblicher Altersversorgung im Sinne des § 1 BetrAVG lediglich durch den erfassten Personenkreis unterscheidet. Die Arbeitnehmereigenschaft als solche kann kein sinnvolles Kriterium für die Einbeziehung einer Versorgung in den Versorgungsausgleich oder für die Unterscheidung der Versorgungsarten des § 1587 a II sein. Dagegen hängen von der Anwendbarkeit des BetrAVG weitreichende, auch im Rahmen des Versorgungsausgleichs relevante Folgen für die Versorgung ab.

Aus diesem erweiterten Verständnis von betrieblicher Altersversorgung ergibt sich zugleich, dass nicht alle Versorgungszusagen im Unternehmen unter § 1587 a II Nr.3 fallen, sondern nur soweit die Auslegung des § 17 I 2 BetrAVG reicht. Eine darüber hinausgehende Einbeziehung etwa auch der Versorgungszusagen an Mitunternehmer² scheitert daran, dass die vom Versorgungsausgleich vorausgesetzte Qualität der betrieblichen Altersversorgung nicht gegeben ist,

-
- 1 Ebenso im Ergebnis Bastian/Körper, § 1587 a Anm.70; Erman/Ronke, § 1587 a Anm.27; Voskuhl/Pappai/Niemeyer, S.26; Zimmermann, S.34 f.; im übrigen wird auf § 17 BetrAVG nicht eingegangen, vgl. etwa Maier, MÜKo, § 1587 a Anm.167
- 2 LG Köln BB 1980, 209 f.; Merkblatt des Pensionsversicherungsvereins zum persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, abgedruckt bei Heubeck/Höhne, Bd.II, S.675 ff.; Wiedemann/Moll, RdA 1977, 13 ff., 15; Heubeck/Höhne, § 17 Anm.57, 74 ff.; Höfer, § 17 Anm.26; zum mit weniger als 50 % gesellschaftsbeteiligten GmbH - Geschäftsführer siehe BGH BB 1980, 1046 ff. = JZ 1980, 688

entsprechende Leistungen und Anwartschaften nicht insolvenzgeschützt sind. Für eine (lückenfüllende) Einordnung in den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich besteht kein Bedürfnis, weil das einfache Versorgungsversprechen zwischen Privatleuten nicht in die Systematik des Versorgungsausgleichs passt und gegebenenfalls vom Zugewinnausgleich erfasst wird.

b. Veranlassung durch das Arbeitsverhältnis

Veranlassung durch das Arbeitsverhältnis bedeutet Kausalität im Sinne einer *conditio sine qua non* und darüber hinaus eine Zurechnung: Das Arbeitsverhältnis muss Grund für die Versorgung sein. Beruht die Versorgung - wie in aller Regel - auf einer Versorgungszusage, so spricht schon der erste Anschein für einen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis; denn nach der Lebenserfahrung wurzelt eine Versorgungszusage des Arbeitgebers regelmässig in dem bestehenden Arbeitsverhältnis¹. Das lässt sich durchaus als Entgeltlichkeit der betrieblichen Altersversorgung verstehen.

§ 17 I 2 BetrAVG bezieht die Veranlassung durch die "Tätigkeit für ein Unternehmen" mit ein (oben a.). Anders gelagerte Probleme ergeben sich dadurch nicht. Der Einfachheit halber wird deshalb nur von Veranlassung durch das Arbeitsverhältnis gesprochen.

¹ Dem stehen auch nicht 2 Entscheidungen des BAG (AP Nr. 2 zu § 518 BGB; AP Nr. 102 zu § 242 BGB Ruhegehalt) entgegen: Das BAG hat hier jegliche Vermutung in den Sonderfällen der Versorgungszusage an die Witwe des Arbeitnehmers bei verwandtschaftlicher Beziehung abgelehnt. Etwas zu allgemein Schaub/Schusinski/Ströer, S. 46 f.

aa. Zeitlicher Zusammenhang von Versorgungszusage und Arbeitsverhältnis

Die betriebliche Altersversorgung beruht meist auf einer Versorgungszusage während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. Notwendig ist dieser zeitliche Zusammenhang aber nicht. Auch die Zusage ausserhalb des Arbeitsverhältnisses wird im Zweifel aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gegeben, wenn ein solches schon beendet ist oder es erst später zu ihm kommt¹. Entscheidend für die Zurechnung ist nicht die zeitliche, sondern die wirtschaftliche Betrachtungsweise.

bb. Wirtschaftlicher Zusammenhang von Versorgungszusage und Arbeitsverhältnis

Hauptsächlich in drei Fallgruppen kann der Zusammenhang fehlen:

(1) Vereinzelte und überhöhte Zusagen

Zahl und Höhe der Versorgungszusagen im Unternehmen sind für sich genommen nicht geeignet, den wirtschaftlichen Zusammenhang von Versorgungszusagen und Arbeitsverhältnis zu kennzeichnen. Erteilt etwa der Arbeitgeber ohne besondere Auswahlkriterien ("aus reiner Menschenfreundlichkeit") nur einzelnen Arbeitnehmern eine Versorgungszusage oder ungewöhnlich hohe Zusagen, so liegt betriebliche Altersversorgung vor.

¹ Enger wohl Zimmermann, S. 22, nach dem der Bezug zum Arbeitsverhältnis festgestellt werden muss. Vgl. auch Heubeck/Höhne, § 1 Anm.41

Die Behandlung der anderen Arbeitnehmer ist allerdings ein Indiz dafür, dass der Versorgung andere Gründe als das Arbeitsverhältnis zugrunde liegen. Diese müssen aber eigens festgestellt werden, wie z.B. im Fall der Konkubine des Arbeitgebers, die als einzige Arbeitnehmerin des Unternehmens eine Versorgungszusage erhält. Liegen derartige aussergewöhnliche Umstände vor, so ist die Versorgung immerhin noch insoweit durch das Arbeitsverhältnis veranlasst, als unabhängig von ihnen eine Rechtspflicht aus dem Arbeitsverhältnis, etwa unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes, besteht. Der Arbeitgeber kann nämlich nicht betriebliche Altersversorgung durch unsachliche Motive ihres Charakters entkleiden; ansonsten würde die "blosse Gesinnung" über die Frage der Veranlassung entscheiden.

(2) Arbeitsverhältnisse zwischen Familienangehörigen, insbesondere Ehegatten

Betriebliche Altersversorgung ist auch in Arbeitsverhältnissen zwischen Familienangehörigen einschliesslich Ehegatten möglich. Ob ein Arbeitsverhältnis besteht oder die Arbeitsleistung etwa allein auf familienrechtlicher Grundlage beruht, richtet sich nach allgemeinen Kriterien¹. Übersehen wird in der Literatur freilich, dass auch bei Familienangehörigen § 17 I 2 BetrAVG zum Zuge kommen kann: Ein Arbeitsverhältnis ist nicht erforderlich, wenn Tätigkeit für das "Unternehmen" im Sinne des § 17 I 2 BetrAVG gegeben ist. Arbeitet etwa die Arztfrau

¹ Vgl. nur Fenn, DB 1974, 1062 ff., 1112 ff., speziell zur Altersversorgung 1115 f.

als selbständige Krankengymnastin in der Praxis ihres Ehegatten, so kann sie durchaus eine Zusage auf betriebliche Altersversorgung erhalten, nicht dagegen, wenn es sich um die Gemeinschaftspraxis eines Arztehepaares handelt.

Unerheblich ist, dass bei Familienangehörigen regelmässig auch das Motiv familiärer Fürsorge eine Rolle spielt. Auch hier muss der bloss innere Wille irrelevant sein. Ob Grund für die Versorgung die Arbeit oder das Familienband ist, lässt sich demnach nur durch einen Vergleich mit den anderen Arbeitnehmern feststellen. Massgebend ist in erster Linie die (betriebs-)übliche Regelung, da der Arbeitgeber seine Familienangehörigen weder besser noch schlechter als andere Arbeitnehmer zu behandeln braucht. Erst wenn eine übliche Regelung nicht feststellbar ist, z.B. weil kein anderer (vergleichbarer) Arbeitnehmer vorhanden ist, muss nach der Angemessenheit der Versorgung gefragt werden¹. Ergibt der Vergleich mit anderen Arbeitnehmern, dass ausschliesslich

¹ In der Literatur werden diese beiden Schritte nicht genau getrennt, so z.B. bei Zimmermann, S.30. Auch das Merkblatt des Pensionssicherungsvereins zum persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung - Arbeitnehmer-Ehegatten - abgedruckt bei Heubeck/Höhne, Bd.II S.678 ff., verlangt eine übliche, dem Grunde und der Höhe nach angemessene Zusage. Dagegen hat schon das BVerfG in seiner Entscheidung zur einkommensteuerlichen Behandlung der Pensionsrückstellungen für Arbeitnehmer-Ehegatten (DB 1970, 1519 ff) im Grunde die Sonderbehandlung der Versorgung in Ehegatten-Arbeitsverhältnissen verworfen; so jetzt auch wieder FG Niedersachsen Betrieb 1980, 1771

oder fast ausschliesslich Familienangehörige Zusagen oder besonders hohe Zusagen erhalten haben, ohne dass das arbeitsrechtlich wegen der Zugehörigkeit zu einer besonderen Arbeitnehmergruppe gerechtfertigt wäre, fehlt es am erforderlichen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis. Solche vereinzelt Zusagen lassen auch nicht Rechtsansprüche der Arbeitnehmer, die keine Zusagen erhalten haben, (und damit allgemein betriebliche Altersversorgung) entstehen. Bei gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern überhöhten Zusagen ist indes nur der überschüssende Teil (das ist der im Betrieb nicht übliche, hilfsweise der unangemessene Teil) nicht durch das Arbeitsverhältnis veranlasst und damit nicht als betriebliche Altersversorgung anzusehen¹. Die gegenteilige Auffassung lässt sich m.E. schon deshalb nicht halten, weil auf den üblichen Teil der betrieblichen Altersversorgung unabhängig von der konkreten Zusage im allgemeinen ein Rechtsanspruch aus dem Arbeitsverhältnis (Gleichbehandlungsgrundsatz) besteht.

Dass bei Ehegattenarbeitsverhältnissen Ausgleichsberechtigter derjenige ist, der die Versorgung finanziert, steht einem Versorgungsausgleich nicht entgegen, macht aber deutlich, dass vielfach sinnvollere Ausgleichsregelungen in Parteivereinbarungen in Frage kommen.

(3) Kaufpreisrenten, Altenteil

Kaufpreisrenten sind keine Leistungen der be-

¹ Überzeugend insoweit Zimmermann, S. 31 ff.

trieblichen Altersversorgung, da sie eine Gegenleistung im Rahmen des Kaufvertrags darstellen und nicht wegen einer Arbeitsleistung erbracht werden. Daher fällt auch das sog. Altenteil nicht unter betriebliche Altersversorgung¹.

cc. Altersversorgung ohne Zusage

Nach herrschender Lehre setzt betriebliche Altersversorgung eine Zusage voraus². Die Legaldefinition des § 1 I 1 BetrAVG legt indes nur nahe, für den Begriff der Anwartschaft eine Zusage zu verlangen. Der Klammerzusatz "betriebliche Altersversorgung" befindet sich nämlich vor den Worten "zugesagt worden sind".

Die Versorgungszusage ist nach richtiger Auffassung für betriebliche Altersversorgung nur konstituierend, wenn noch keine Leistungen erbracht werden. Denn das Anrecht auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung und die dementsprechende Verpflichtung müssen - auch wenn sie unter Einschränkungen und Vorbehalten stehen - zeitlich und der Höhe nach gekennzeichnet werden. Darin erschöpft sich aber bereits der Sinn des Erfordernisses Zusage. Dies zeigt auch sowohl

1 Für das Betriebsrentenrecht u.a. Heubeck, Handbuch, S. 121, 198; Schaub/Schusinski/Ströer, § 4 VI 1 (S.27 f.) und insbes. § 6 III (S.46 f.). Für den Versorgungsausgleich wird zwar entgegen BT-Drucks. 7/650 S.155 vielfach eine Ausgleichspflicht angenommen (Ruland/Tiemann, Rdnr.67 m.Nachw.); doch handelt es sich allenfalls um sonstige Renten oder ähnliche wiederkehrende Leistungen nach § 1587 a II Nr 4, V

2 Vgl. nur Heubeck/Höhne, § 1 Anm.10 f., 42 ff.; vorsichtiger Höfer, ArbGr. Anm.5 f.

die weite Auslegung von "Zusage", die sogar die gesetzliche Verpflichtung umfassen müsste¹, wie die Einbeziehung der übrigen Verpflichtungstatbestände betriebliche Übung und Gleichbehandlungsgrundsatz durch § 1 I 3 BetrAVG; denn damit umschreibt Zusage nur die Selbstverständlichkeit, dass ein Anrecht auf betriebliche Altersversorgung im Arbeitsverhältnis nicht von selbst entsteht, sondern einer speziellen rechtlichen Begründung und Kennzeichnung bedarf.

Werden Leistungen erbracht, so sind sie durch die Umstände der Leistungserbringung ausreichend charakterisiert. Es erscheint durchaus vorstellbar, dass auch eine Versorgung ohne Versorgungszusage als betriebliche Altersversorgung durch das Arbeitsverhältnis veranlasst ist. Auch wenn es an jedem Verpflichtungstatbestand, sei es auf Fortsetzung der Leistungen, sei es auf die Erbringung als solche, fehlt, liegt der Grund der Leistungen regelmässig in dem (früheren) Arbeitsverhältnis.

Demgegenüber wäre es eine Fiktion, in jeder Leistungserbringung bereits eine konkludente Zusage zu sehen. Auch wenn der Arbeitgeber die erbrachte Leistung als betriebliche Altersversorgung kennzeichnet, braucht er mit ihr keinen irgendwie gearteten Verpflichtungswillen zum Ausdruck zu bringen. Ein sonstiger Verpflichtungstatbestand scheidet z.B. aus, wenn

1 Zu den Rechtsgrundlagen betrieblicher Ruhegeldverpflichtungen, insbesondere auch zur betrieblichen Übung und zum Grundsatz der Gleichbehandlung, Heissmann, Ruhegeldverpflichtungen, S.65 ff., 79 ff., 84 ff. und Kemper, S. 45 ff., 48 ff., bei denen auch die Schwierigkeit einer Subsumtion unter das Merkmal Versorgungszusage deutlich wird

sachgerecht differenziert und die Leistung ausdrücklich als freiwillig gekennzeichnet wird.

Freilich ist die Anwendung des BetrAVG auf Leistungen ohne Versorgungszusage mehr als zweifelhaft: Anrechnungs- und Auszehrungsverbot (§ 5 BetrAVG) setzen wohl eine Leistungspflicht im Sinne eines bestimmten Leistungsumfangs voraus, wie sich aus "Anrechnung" und "festgesetzten Leistungen" ergibt. Die Insolvenzsicherung nach § 7 I BetrAVG erscheint nur gerechtfertigt, wenn ein Anspruch auf die Leistung oder ein den Unterstützungskassen entsprechender Tatbestand besteht, da die Insolvenzsicherung nicht mehr geben kann, als dem Arbeitnehmer durch die Insolvenz entgeht¹. Auch die Anpassungspflicht nach § 16 BetrAVG dürfte ausscheiden, wenn die Leistung sogar grundlos eingestellt werden kann. Dennoch findet m.E. der Versorgungsausgleich statt. Zwar wäre ein Wertausgleich wegen der Unbeständigkeit der Leistung verfehlt; die Tatsache der Leistungserbringung ergibt eben noch nicht den Grad von Sicherheit, wie er bei Anwartschaften und Aussichten mit der Unverfallbarkeit als Voraussetzung bestimmt ist. Doch verbleibt als Ausweg auch hier der schuldrechtliche Versorgungsausgleich².

1 Vgl. etwa BT-Drucks. 7/2843 S. 4 f., 8 f.; deutlich auch Höfer, § 7 Anm. 7

2 Siehe etwa oben 2.b.aa. a.E. auf S.29 bei Fn.1 sowie unten V.2.b.

c. Abgrenzung zur Eigenvorsorge

aa. Lebensversicherungen des Arbeitnehmers

An der Grenze zwischen betrieblicher Altersversorgung und Eigenvorsorge liegen Lebensversicherungen, bei denen der Arbeitnehmer von Anfang an als Versicherungsnehmer auftritt, der Arbeitgeber aber ~~die~~ Beiträge aufbringt und unmittelbar an den Versicherer bezahlt. Hier sind die formalen Voraussetzungen einer Direktversicherung nach § 1 II BetrAVG ("durch den Arbeitgeber") nicht erfüllt; dementsprechend wird in der Literatur betriebliche Altersversorgung angenommen, die jedoch nicht unter das BetrAVG falle¹.

Die Tatsache, dass der Arbeitgeber die Versicherung finanziert, reicht für betriebliche Altersversorgung nicht aus. Schliesslich wird nahezu jede Eigenvorsorge eines Arbeitnehmers erst durch die Lohnzahlung des Arbeitgebers ermöglicht. BetrAVG ebenso wie Versorgungsausgleich setzen mit dem Merkmal "betrieblich" eine bestimmte äussere Form voraus; allein diese gewährleistet die Abgrenzung zu vom Arbeitgeber ermöglichten und mit seiner Hilfestellung durchgeführten Versorgung des Arbeitnehmers. Für Versicherungen kann das nur heissen, dass der Arbeitgeber die Durchführung der Versorgung als Versicherungsnehmer in der Hand haben muss.

¹ So Heubeck/Höhne, § 1 Anm.32 b, die ihre Aussage aber sogleich dahin ändern, es liege eine Art modifizierte Eigenvorsorge des Arbeitnehmers vor, bei der die sonst in der betrieblichen Altersversorgung vorausgesetzte Unmittelbarkeit des Aufwandes seitens des Arbeitgebers fehle. Vgl. auch Anm.313 ff.

Nur wenn die Sicherung des Versorgungszwecks massgeblich beim Arbeitgeber liegt, ist auch die Sonderbehandlung als betriebliche Altersversorgung gerechtfertigt¹.

Der Gleichlauf von § 1587 a II Nr.3 und BetrAVG ist sachgerecht: Bei Rentenversicherungen greift § 1587 a II Nr.5 ein, während die Kapitalversicherung, die nicht die Privilegien des BetrAVG geniesst, nicht in den Versorgungsausgleich (sondern gegebenenfalls in den Zugewinnausgleich) fällt.

bb. Ersetzung von Barlohn durch Zukunftssicherungsleistungen

Umstritten ist die Behandlung der Fälle, bei denen - gerade umgekehrt wie oben aa. - zwar die Durchführung der Versorgung den herkömmlichen Formen betrieblicher Altersversorgung entspricht, der Arbeitgeber aber "keine zusätzlichen Leistungen" erbringt, sondern ein Teil des Einkommens des Arbeitnehmers in Pensionskassen- oder Lebensversicherungsbeiträge umgewandelt wird. Eine Meinung in der Literatur lehnt aus diesem Grunde betriebliche Altersversorgung ab², während die Gegenposition dem keine Bedeutung zumisst³.

¹ Darauf stellt entscheidend ab Zimmermann, S.70 i.V.m. S.66 unter Bezugnahme auf ArbG Köln DB 1976, 252

² Simmich, DB 1977, 2377 f.; Zimmermann, S.72 m.w. Nachw.

³ Schumacher, DB 1978, 162 ff., insbesondere 163; von der Anwendbarkeit des BetrAVG gehen auch aus Laux, Der leitende Angestellte 1977, Heft 6, S. 16 ff.; Schmid, BB 1977, 700 ff., 702 f. und Schoden, Quelle 1978, 300 ff.

M.E. ist schon die Vorstellung, es handele sich bei dem umgewandelten Einkommen "eigentlich" um Lohn, unrichtig. Wird die Verwendung für Altersversorgung vereinbart, liegt insoweit eben kein Lohn mehr vor¹. Andernfalls hinge die Beurteilung der Versorgung allein vom Willen der Arbeitsvertragsparteien ab, und zwar je nachdem, in welcher Höhe sie Lohn bzw. "echte" Versorgungsaufwendungen vereinbaren. Damit besteht praktisch kein Unterschied zu betrieblicher Altersversorgung. Es kann keine Rolle spielen, dass der Arbeitgeber bereit wäre, die Aufwendungen für die betriebliche Altersversorgung als Barlohn auszuzahlen, solange er das tatsächlich nicht tut. Unerheblich ist auch, dass die Gehaltsumwandlung für die Zukunft beendet werden kann, da eine solche Einschränkung auch sonst mit der Versorgungszusage verbunden sein kann; jedenfalls ist der Altersversorgungszweck der erbrachten Versicherungsbeiträge gewährleistet. Unter Umständen sind die beiden Formen auch gar nicht unterscheidbar, etwa wenn von Beginn des Arbeitsverhältnisses an Versicherungsbeiträge erbracht werden.

Entscheidend ist damit auch hier die Durchführungsform, sei es über eine Pensionskasse, sei es, dass der Arbeitgeber Versicherungsnehmer einer Direktversicherung ist. Die steuerlichen Motive für die

¹ Dem stehen weder der Rechtsanspruch auf die Leistung noch der eindeutige Entgeltcharakter entgegen: Beides ist durchaus auch für die "zusätzliche" betriebliche Altersversorgung kennzeichnend. Zum Entgeltlichkeitscharakter vgl. die Nachweise bei Schmid, BB 1977, 700, 702 Fn.37 sowie BAG AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl.562 f.

gewählte Form vermögen deren Beurteilung nicht zu beeinflussen. Es ist nicht ersichtlich, warum der Arbeitnehmer nicht das Eingreifen der sozialen Schutzvorschriften des BetrAVG soll erwarten dürfen, wie z.B. der Insolvenzsicherung, wenn der Arbeitgeber (vertragswidrig!) die Versicherung belieben hat. Demnach liegt betriebliche Altersversorgung auch im Sinne des Versorgungsausgleichs vor.

d. Abgrenzung zur Sozialversicherung

aa. Die vom Arbeitgeber finanzierte Höherversicherung des Arbeitnehmers in der gesetzlichen Rentenversicherung

Renten bzw. Rententeile aus der Höherversicherung im Rahmen der gesetzlichen Rentenversicherung (§§ 1234 RVO, 11 AVG) unterliegen nicht den gesetzlichen Rentenanpassungen (vgl. §§ 1272 III RVO, 49 III AVG). Sie fallen daher nicht unter § 1587 a II Nr.2, sondern nach einhelliger Meinung unter § 1587 a II Nr.4 c¹. Nun wird aber die vom Arbeitgeber finanzierte Höherversicherung des Arbeitnehmers herkömmlich zu betrieblicher Altersversorgung gezählt². Eine ausdrückliche Regelung im BetrAVG fehlt nur deshalb, weil die Phänomene Verfallbarkeit und Konkurrentensicherungsbedürfnis nicht auftreten können; doch wird im übrigen die Anwendbarkeit des BetrAVG zum Teil

1 Ambrock, § 1587 a Anm.II 5 c; Palandt/Diederichsen, § 1587 Anm.2 a dd und § 1587 a Anm.3 b Ziff. 4; Ruland/Tiemann, Rz 58, 233, 327 f; Rolland, § 1587 a Anm.104; Voskuhl/Pappai/Niemeyer, S.33

2 Vgl. nur Heissmann, Ruhegeldverpflichtungen, S.52 f.; Höhne, Handbuch, Bd.I S.8; Heubeck/Höhne, § 1 Anm.69 f.; Ahrend/Dorow, DB 1976, Beil17 S.7; dies., DB 1978 Beil.19 S.8

beiaht¹.

Für den Versorgungsausgleich steht die Durchführungsform (über die gesetzliche Rentenversicherung) im Vordergrund. Die bloße Finanzierung ist wie oben c.aa.bb. ein ungeeignetes Abgrenzungskriterium: Ob der Arbeitnehmer (evtl. mittels des Arbeitgebers) einen Teil seines Lohnes zur Höherversicherung einsetzt oder der Arbeitgeber als "zusätzliches Entgelt" die Beiträge aufbringt macht für die Qualität der Versorgung keinen Unterschied. Es ist auch durchaus angemessen wenn sich nach Nr. 4 c nur die für die Ehezeit entrichteten Beiträge auswirken². Die Finanzierung durch den Arbeitgeber als solche bewirkt nicht, dass alle Betriebszugehörigkeitszeiten gleich bewertet werden müssten, da Versorgung fast immer vom Arbeitsentgelt finanziert wird. Entscheidend ist bei der Höherversicherung, zu welchem Zeitpunkt welche Beitragsleistungen erbracht werden. Da die Beteiligten nichts anderes erwarten können, müssen sie sich durch Beitragsleistungen unabhängig vom Arbeitgeber bzw. anderweitige private Versorgung danach richten. Weniger fällt ins Gewicht, dass unterschiedliche Beitragszahlungen des Arbeitgebers - wie bei § 1587 a II Nr. 2 - unterschiedliche Leistungen des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis kennzeichnen können. Demnach ist der Grundgedanke der pro rata temporis Berechnung für die Höherversicherung nicht einschlägig.

1 Zur Anpassungspflicht des Arbeitgebers vgl. Heubeck/Höhne, § 16 Anm.68 f., a.A. Höfer, § 16 Anm.16

2 A.A. Bastian/Körber, § 1587 a Anm.74; dagegen, allerdings mit zu formaler Begründung, Zimmermann, S. 108 f.; wenig überzeugend m.E. die analoge Anwendung von § 1587 a II Nr.3 S.2 bei Maier, MüKo, § 1587 a Anm.177 a.E.

bb. Die vom Arbeitgeber finanzierte freiwillige (Weiter-)Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung

Nicht versicherungspflichtige Personen, etwa für ein Unternehmen tätige Selbständige (§ 17 I 2 BetrAVG), können nach den §§ 1233 RVO, 10 AVG freiwillig Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung leisten. Wer bis zum Inkrafttreten des Arbeiterrentenversicherungs-Neuregelungsgesetzes (ArVNG) am 1.1.1957 von dem Recht der Weiterversicherung (§ 1244 RVO alte Fassung) Gebrauch gemacht hat, kann auch ohne die Voraussetzungen des § 1233 I 1 RVO die Versicherung fortsetzen (Art. 2 § 4 I ArVNG); die Weiterversicherung können unter bestimmten Voraussetzungen auch andere Personen nach Art. 2 § 4 II ArVNG fortsetzen, die vor dem 1.1.1957 zur Weiterversicherung berechtigt waren.

Renten aufgrund von freiwilligen Beiträgen unterliegen den gesetzlichen Rentenanpassungen (§§ 1272 I RVO, 49 I AVG). Auch wenn der Arbeitgeber die freiwilligen Versicherungsbeiträge aufbringt, fällt die Versorgung als gesetzliche Rentenversicherung unter § 1587 a II Nr. 2. Massgebend ist nach dem bisher Gesagten die Durchführungsform, nicht die Finanzierung. Es liegt für den Versorgungsausgleich nicht anders, als wenn der Arbeitgeber bei Versicherungspflicht den Arbeitnehmeranteil der Rentenversicherung selbst aufbringt.

e. Abgrenzung zur Beamtenversorgung

Versorgungen aus einem Arbeitsverhältnis nach beamtenrechtlichen Vorschriften oder Grundsätzen

sind nach § 1587 a II Nr. 1 auszugleichen. Zweifel kann die Frage der beamtenrechtlichen Grundsätze aufwerfen. Man wird diesen Begriff eng auslegen müssen, weil auch betriebliche Altersversorgung volldynamisch sein kann¹. Insbesondere muss die Versorgung vom Arbeitgeber selbst gewährt werden und in "beamtenrechtlicher" Höhe voll von ihm garantiert sein². Verfallbarkeit im Sinne des BetrAVG steht einer beamtenähnlichen Versorgung entgegen.

4. Besondere Formen von Versorgungsleistungen

a. Wiederkehrende, nicht auf Geld gerichtete Leistungen; Vergünstigungen

Für den Geltungsbereich des BetrAVG ist weitgehend anerkannt, dass Leistungen der betrieblichen Altersversorgung Sachleistungen sein können³. In Frage kommen etwa Kohledeputate, Haustrunk, Wohnungsüberlassung. In der Tat bestehen auch hier die vom BetrAVG geregelten Probleme (z.B. der Unverfallbarkeit und Insolvenzsicherung), soweit dort nicht speziell auf die Geldentwertung abgestellt wird. Der

1 Zutreffend Zimmermann, S. 365 ff. gegen Schwab, Handbuch Rz 524, 551

2 Ausführlich Maier, MüKo, § 1587 a Anm.23-28, insb. 26

3 Heubeck/Höhne, § 1 Anm.13; Höfer, ArbGr Rz 16; LAG Düsseldorf Betrieb 1977, 2054 ff., 2055; nicht entschieden von BAG DB 1978, 846; a.A. Kiefer/Gi-loy, § 1 Anm.2

Schutzzweck des BetrAVG greift unabhängig von den Leistungsformen ein, da sich der Arbeitnehmer wirtschaftlich auf Sachleistungen ebenso wie auf Geldleistungen einrichtet. Bei der Anwendung des BetrAVG auftretende Schwierigkeiten, nämlich in bezug auf die teilweise erforderliche Bewertung in Geld, können durchaus bewältigt werden¹.

Der Versorgungsausgleich ist freilich eindeutig auf Geldleistungen zugeschnitten. Die gesetzlichen Rentenversicherungen kennen keine Naturalleistungen; soweit in anderen Bereichen der Sozialversicherung Naturalleistungen erbracht werden², sind diese (allerdings aus anderen Gründen) nicht in den Versorgungsausgleich einbezogen. Das bedeutet aber nur, dass die Einstellung in den Versorgungsausgleich eine Umrechnung in Geld voraussetzt, nicht, dass die Einstellung überhaupt ausgeschlossen wäre. Auch beim Zugewinnausgleich (§ 1376 II), im Steuerrecht (§§ 19 I Nr. 2, 8 II EStG) oder beim Schadensersatz (§§ 249 ff.) ist ja eine solche Bewertung erforderlich. Die Ausklammerung von Sachleistungen ist aus verschiedenen Gründen nicht gerechtfertigt: Der Wortlaut "Leistungen der betrieblichen Altersversorgung" deckt auch Sachleistungen. Diese erreichen in manchen Unternehmen durchaus einen grösseren Umfang mit beträchtlichem Versorgungswert; ein Zugewinnausgleich je nach Güterstand würde dem nicht gerecht werden.

1 Vgl. z.B. für die Insolvenzsicherung Heubeck/Höhne, § 7 Anm. 14

2 Etwa als sog. Naturalkompensationsleistungen nach §§ 779 a - d RVO in der landwirtschaftlichen Unfallversicherung

Da Sachleistungen im Versorgungsausgleich atypisch sind, konnte der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber auf die Normierung von besonderen Bewertungskriterien verzichten und damit praktisch auf eine Bewertung nach allgemeinen Maßstäben verweisen. Dem Sinn des Versorgungsausgleichs entspricht es, dass der Ausgleichsberechtigte an dem Versorgungswert beteiligt wird. Damit ist wie beim Zugewinnausgleich nach § 1376 II für Sachwerte und im Einkommensteuerrecht nach § 8 II EStG für Sachbezüge der Verkehrswert¹ anzusetzen. Der Einwand, die Entwicklung der Wertverhältnisse bis zu dem eventuell Jahrzehnte später liegenden Versorgungsfall sei nicht vorhersehbar², ist nicht stichhaltig. Der Sachwert wird in aller Regel stabiler bleiben als der Geldwert und nur im Ausnahmefall absinken. Zwar rechtfertigt das noch nicht die Annahme einer volldynamischen Versorgung im Sinne von § 1 I 2 Barwertverordnung³, weil die in Frage stehende Preisentwicklung mit der allgemeinen Einkommensentwicklung nicht notwendig korrespondiert, wohl aber die Behandlung als statische Versorgung. Ausnahmsweise kann auch die Behandlung von Geldleistungen im Versorgungsausgleich bei überdurchschnittlicher Geldentwertung und Sinken der Real-löhne unangemessen sein. Die unterschiedliche Entwicklung der Versorgungssituation der Ehegatten ist die Konsequenz daraus, dass der Versorgungsausgleich über die gesetzliche Rentenversicherung durchgeführt

1 BGHZ 61, 385 ff., 389 ff.; BGHZ 68, 163 ff., 166 ff.; BGHZ 70, 224 ff.; kritisch Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 288; vgl. auch S. 204, wo der Rückkaufswert einer Lebensversicherung als "sehr schlechtes Entgelt" bezeichnet wird

2 Zimmermann, S. 144 f.

3 Dazu siehe unten C.V.4.a.

wird. Immerhin wird man wegen der Situationsgebundenheit der Versorgung und der damit verbundenen Gefahr ihres Wegfalls bei Unsicherheit eines Abgeltungsanspruchs¹ nur den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich in Betracht ziehen können².

Naturalleistungen und Nutzungsrechte können sich aber auch als reine Vergünstigungen darstellen, deren Vermögenswert von untergeordneter Bedeutung ist. Bei der Gewährung gelegentlicher Dienstwagenbenutzung, dem Recht, verbilligt in der Kantine zu essen, bei einem Einkaufsrabatt oder freier Benutzung eines werkseigenen Hallenschwimmbades muss eine Ausgleichspflicht ausscheiden. Das liegt aber nicht daran, dass es sich um Sachleistungen handelt. Vielmehr entbehrt eine derartige fortwirkende Arbeitgeberfürsorge schon des Versorgungscharakters. Es geht - selbst bei Freiflügen der Beschäftigten von Luftverkehrsgesellschaften und den sog. Jahreswagen bei Arbeitnehmern der Automobilindustrie - um blosse, an die Person gebundene Annehmlichkeiten, die u.U. nur in geringem Mass oder gar nicht in Anspruch genommen zu werden brauchen³. Die Vorbehalte, die gegen die Einbeziehung von Sachleistungen gemacht werden, dürften ihre Wurzel zum Teil in diesen Fällen mangelnden Versorgungscharakters haben.

1 Vgl. BAG vom 24.10.1979 - 5 AZR 1088/77

2 Vgl. oben 2. b. aa. a. E.

3 Das erkennt auch das Steuerrecht an. Vgl. Baumdicker, DStR 1977, 683; Offerhaus, NJW 1978, 614 ff., 619

b. Einmalige Leistungen

aa. Kapitalzahlungen

Anrechten auf einmalige Kapitalleistungen kommt eine wachsende Bedeutung zu; sie können aus allen vier Formen der betrieblichen Altersversorgung resultieren, wobei die Direktversicherung im Vordergrund steht¹.

Die Einbeziehung in den Versorgungsausgleich ist umstritten². Gegen sie wird vor allem eingewandt, private Lebensversicherungen auf Kapitalbasis seien nach § 1587 a II Nr. 5 ebenfalls dem Versorgungsausgleich entzogen; eine Ungleichbehandlung sei nicht gerechtfertigt. Demgegenüber erklärt sich die unterschiedliche Regelung des Gesetzes (Nr.3: "Leistungen"; Nr. 5: "Renten") daraus, dass die private Lebensversicherung zu verschiedenen Zwecken, z.B. als Kapitalanlage, abgeschlossen wird, und ein Versorgungscharakter praktisch nur dann feststellbar ist, wenn Rentenleistungen erbracht werden sollen. Betriebliche Altersversorgung ist dagegen auch dann Altersversorgung, wenn eine Kapitalleistung versprochen ist, weil durch die betriebliche Durchführung die Auszahlung zum Rentenalter des Arbeitnehmers gesichert ist³. Diese Zahlung füllt in

1 Vgl. Ahrend/Dorow, DB 1976, Beil.17 S.3; dies., DB 1978 Beil.19 S.2 f.; Zimmermann, S. 111 f.

2 Dafür Heubeck, BB 1977 Beil.6 S.3; Rolland, Die Sozialgerichtsbarkeit 1978, 1 ff., 6; Palandt/Diederichsen, § 1587 Anm.2 acc (anders offenbar Anm. 2 a vor aa); dagegen Voskuhl/Pappai/Niemeyer, S.28; Maier, MÜKo, § 1587 a Anm.188 mit weiteren Nachweisen für beide Ansichten in Fn.131

3 Zu Recht weist Heubeck, BB 1977, Beil.6 S.3 darauf hin, dass die Auszahlung des Kapitalbetrages oft gestreckt wird

gleicher Weise wie wiederkehrende Leistungen die Lücke zwischen bisherigem Arbeitsverdienst und Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Nicht erforderlich ist, dass der Arbeitnehmer die Leistung zum laufenden Lebensunterhalt während des Pensionsalters verwendet; eine solche Verwendung ist bei Rentenleistungen ebenfalls nicht gesichert. Immerhin wird auch bei einer einmaligen Anschaffung mit der Kapitalsumme diese wegen entsprechender Einsparungen während des Pensionsalters meist indirekt der Alterssicherung zugeführt. Es entspricht dieser Sicht, dass in der Literatur zum Betriebsrentenrecht die Möglichkeit betrieblicher Altersversorgung auf Kapitalbasis und die Anwendung des BetrAVG auf sie anerkannt ist¹.

Auch der weitere Einwand, der Versorgungsausgleich sei auf laufende Leistungen ausgerichtet² und die Nichtberücksichtigung von Kapitalleistungen in der Barwertverordnung kläre die Streitfrage verbindlich³, ist nicht stichhaltig. Die notwendige Umrechnung in Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung ist auch ohne besondere Regelungen oder versicherungsmathematische Kenntnisse möglich. Abgesehen davon, dass die nachträglich erlassene Barwertverordnung das Gesetz nicht verbindlich interpretieren kann, ist es m.E. durchaus zulässig, Kapitalbetrag und Barwert der Altersversorgung bei einem Lebensalter 65 zum Ende der Ehezeit gleichzusetzen und bei einem niedrigeren Lebensalter den Barwert durch eine Verhältnisrechnung entsprechend den Werten der Tabellen

¹ Vgl. nur Heubeck/Höhne, § 1 Anm.14; Höfer, ArbGr. Rdn.13 f.

² BR-Drucks. 191/1/77, S.6 f.; Voskuhl/Pappai/Niemeyer, S. 28

³ Maier, MüKo, § 1587 a Anm.188

1 und 2 der Barwertverordnung zu ermitteln. Die Teilrechnung nach § 1587 a II Nr.3 a und b je nach Betriebszugehörigkeit und Ehezeit, die Bewertung nach der Barwertverordnung mit der Umrechnung in Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung und die Unterscheidung von Wertausgleich und schuldrechtlichem Versorgungsausgleich je nach Verfallbarkeit sind dem unbezweifelbaren Versorgungsscharakter angemessener als eine Bewertung nach den §§ 1376, 2313.

Anrechte auf Kapitalzahlungen der betrieblichen Altersversorgung sind daher ebenso wie solche auf wiederkehrende Leistungen in den Versorgungsausgleich einbezogen.

bb. Sachleistungen

Fallen Anrechte auf laufende Sachleistungen (oben a.) sowie auf einmalige Kapitalzahlungen (oben aa.) in den Versorgungsausgleich, so liegt es nahe, auch betriebliche Altersversorgung in Form einer einmaligen Sachleistung anzuerkennen und in den Versorgungsausgleich einzubeziehen. Soll z.B. der Arbeitnehmer (lediglich) aus Anlass des Eintritts in den Ruhestand einen Pkw übereignet erhalten, muss das wie eine einmalige Zahlung in Höhe des Fahrzeugwertes behandelt werden; der Versorgungszweck erscheint eindeutig, da weder eine besondere Zweckbestimmung erkennbar, noch lediglich eine einmalige Vergünstigung gegeben ist¹.

¹ Siehe oben a. a.E. und oben 2.a.
Ablehnend zur Einbeziehung von "Sachwerten" (im Gegensatz zu wiederkehrenden Sachleistungen) Rolland, Die Sozialgerichtsbarkeit 1978, 1 ff., 6: Der Versorgungszweck sei schwierig nachweisbar. Wohl eher für eine Einbeziehung Heubeck, BB 1977, Beil.6 S.3

Bei der Bewertung ist entsprechend oben a. der Geldwert zu ermitteln und entsprechend oben aa. in Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung umzurechnen.

5. Mischformen, Sonderfälle

a. Mischformen

Arbeitgeberleistungen können der Altersversorgung und daneben anderen Zwecken dienen. Der Arbeitnehmer erhält etwa nach Erreichen einer bestimmten Altersgrenze den vollen Lohn weiter, obwohl er nur noch halbtags arbeitet. Eine Karenzentschädigung (§§ 74 ff. HGB) oder der Ausgleichsanspruch eines Handelsvertreters (§ 89 b HGB) fällt mit Rücksicht darauf höher aus, dass vergleichbare Unternehmen betriebliche Altersversorgung gewähren¹.

Bei derartigen Mischformen könnte in einer Gesamtabwägung festgestellt werden, wodurch die Leistung ihr Gepräge erhält, und der danach im Vordergrund stehende Zweck über die Anwendung der §§ 1587 ff. entscheiden. Die Gegenposition müsste die Leistungen stets nach Altersversorgung und anderen Zwecken trennen.

Richtig, weil allein der Einordnung der betrieblichen Altersversorgung in den Versorgungsausgleich durch § 1587 a II Nr.3 Rechnung tragend, ist m.E. ein Mittelweg, der im Ergebnis einer Aufteilung der Leistung näherkommt: Besitzen wie

¹ Zum Zusammentreffen von Altersruhegeld und Karenzentschädigung siehe OLG Stuttgart BB 1980, 527 f.

im ersten und meist auch im zweiten Eingangsbeispiel verschiedene Zwecke Gewicht, muss der Anteil Altersversorgung, auch wenn er weniger schwer wiegt (notfalls mit Hilfe des § 287 ZPO) ausgegrenzt werden und unterfällt den §§ 1587 ff. Es handelt sich hier um Lohn, Karenzentschädigung usw. und Altersversorgung. Nur wenn der Altersversorgungszweck (bzw. der andere Zweck) nicht eindeutig feststeht oder völlig in den Hintergrund tritt, kann er vernachlässigt werden.

b. Ausländische betriebliche Altersversorgung

In Fällen von Auslandsberührung stellt sich die Frage, welches Recht anwendbar ist und ob bei einer Durchführung des Ausgleichs nach deutschem Recht Besonderheiten bestehen. Drei Fallgruppen lassen sich unterscheiden: Die Auslandsberührung kann die Ehegatten (etwa Staatsangehörigkeit, Wohnsitz) oder die auszugleichende Versorgung betreffen, das angegangene Gericht kann im Ausland liegen. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit interessiert nur die Frage nach Besonderheiten bei der Durchführung des Versorgungsausgleichs bei einem Auslandsbezug der betrieblichen Altersversorgung. Im übrigen beziehen sich die Probleme nicht speziell auf betriebliche Altersversorgung¹. In erster Linie geht es um die Behandlung von im Ausland erworbenen Anrechten der betrieblichen Altersversorgung, die sich nach dem ausländischen Recht richten. Möglich ist aber auch, dass

¹ Die Anknüpfung des Versorgungsausgleichs insbesondere kann nur einheitlich sein. Eine Differenzierung nach verschiedenen Versorgungsgestaltungen oder Ausgleichsformen kommt nicht in Betracht, da der Versorgungsausgleich auf einem einheitlichen Grundgedanken basiert. Zu dem viel behandelten Problem der Anknüpfung des Versorgungsausgleichs siehe nur BGHZ 75, 241 ff., 244 ff. = NJW 1980, 47 ff. = JZ 1980, 61 ff. aus der Rechtsprechung und aus der Literatur Jayme, NJW 1978, 2417 ff., Parche NJW 1979, 139 ff., 141, Plagemann, NJW 1979, 468 f. jeweils mit weiteren Nachweisen

bei einem inländischen Arbeitsverhältnis die Anwendung ausländischen Rechts wirksam vereinbart worden ist, oder dass gerade umgekehrt auf ein ausländisches Arbeitsverhältnis deutsches Recht anwendbar ist¹.

Steht fest, dass auf das Versorgungsverhältnis ausländisches Recht anwendbar ist, so kann doch zweifelhaft sein, ob überhaupt ein Fall von betrieblicher Altersversorgung im Sinne des § 1587 a II Nr.3 vorliegt. Diese Entscheidung ist nach deutschem Recht zu treffen. Die Qualifizierung als betriebliche Altersversorgung erfolgt allein zu dem Zweck, nach deutschem Recht einen Versorgungsausgleich durchzuführen. Die Unterscheidung verschiedener Ausgleichsformen (innerhalb des Versorgungsausgleichs und neben dem Versorgungsausgleich) ist nur sinnvoll, wenn die Einordnung der Ausgleichstatbestände auch bei ausländischen Rechtsverhältnissen nach deutschem Recht erfolgt. Es ginge etwa nicht an, eine ausländische Lebensversicherung nur deshalb dem § 1587 a II Nr.3 unterzuordnen, weil sie nach dem ausländischen Recht als betriebliche Altersversorgung angesehen wird. Insoweit greifen nicht die Grundsätze der Anknüpfung von Vorfragen² ein; es handelt sich vielmehr um die Auslegung des Begriffs Versorgungsausgleich in einer (nicht gesetzlich kodifizierten) Kollisionsnorm des deutschen Internationalen Privatrechts. Die Bestimmung der Reichweite der von den deutschen Kollisionsnormen verwendeten Rechtsbegriffe erfolgt nach h.M.

1 Zu der internationalprivatrechtlichen Vorfrage, nach welchem Recht die betriebliche Altersversorgung zu beurteilen ist, vor allem Fenge, Betrieb 1976, S.51 ff.

2 Dazu etwa Palandt/Heldrich, Vorbem. 1o vor Art.7 EGBGB

unabhängig von einer ausländischen Qualifikation nach der lex fori, also nach deutschem Recht¹.

Handelt es sich bei dem ausländischen Rechtsverhältnis um betriebliche Altersversorgung in diesem Sinne, so ist dem Problem, ob die betriebliche Altersversorgung wegen ihrer inhaltlichen Ausgestaltung nach ausländischem Recht Grundlage für einen deutschen Versorgungsausgleich sein kann, die Schärfe genommen. Der schuldrechtliche Versorgungsausgleich greift ein, wenn die Versorgung nach deutschem Rechtsverständnis noch verfallbar ist. Bei Unverfallbarkeit (d.h. der Arbeitnehmer behält seine Versorgung bei vorzeitigem Ausscheiden) ist zu beachten, dass sich die Insolvenzsicherung nach dem BetrAVG nur auf den Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland (§ 10 I BetrAVG: "öffentlich-rechtliche Verpflichtung") und nur auf Rechtsverhältnisse erstreckt, die deutschem Recht unterliegen (die isolierte Anwendung der deutschen Insolvenzsicherung erschiene wenig sinnvoll). Der Wertausgleich ist aber nur gerechtfertigt, wenn eine der Konkursversicherung des BetrAVG vergleichbare Regelung, etwa eine staatliche Ausfallbürgschaft, die Versorgung sichert².

1 Für alle Palandt/Heldrich, Vorbem. 9 vor Art.7 EGBGB

2 Siehe näher unten V.2.c.cc.

III. Leistungen, Anwartschaften und Aussichten auf Leistungen

Nach § 1587 I i.V.m. § 1587 a II Nr.3 findet der Versorgungsausgleich bei Leistungen, Anwartschaften und Aussichten auf Leistungen statt.

1. Leistungen

a. Laufende und erbrachte Leistungen

Ausgleichspflichtige laufende Leistungen liegen vor, wenn eine Versorgung bereits erbracht wird und in Zukunft weitere Teilbeträge fällig werden¹. Die Trennung einer laufenden Versorgung in einen bereits ausgezahlten und einen noch ausstehenden Teil kommt bei den Voraussetzungen des Versorgungsausgleichs nicht in Betracht.

Erbrachte Leistungen sind solche einmaligen oder wiederkehrenden Leistungen, die bereits endgültig abgeschlossen sind: Der bei Erreichen der Altersgrenze fällig werdende Kapitalbetrag ist ausgezahlt, die auf eine Dauer von fünf Jahren befristete Betriebsrente nach Zeitablauf erledigt, die Anwartschaft durch eine einmalige Zahlung abgefunden (vgl. § 3 BetrAVG). Der-

¹ Vgl. auch oben I.2.a. Beispielsfälle OLG Celle FamRZ 1978, 597 f. und OLG Bremen FamRZ 1979, 302 ff.

artige Leistungen können nicht in den Versorgungsausgleich einbezogen werden. Die in der Literatur verwendete Formulierung, Gegenstand des Versorgungsausgleichs seien auch bereits ausgezahlte betriebliche Ruhegelder¹, ist daher zumindest missverständlich. Denn mit der Auszahlung hat sich der Charakter der Leistung als betriebliche Altersversorgung "erschöpft"; es liegt jetzt nur noch ein allgemeiner Vermögenswert vor. Die Leistungen sind als Einkommen eines Ehegatten während der Ehezeit entweder verbraucht oder angelegt. Soweit bei einem Ehegatten noch Werte vorhanden sind, handelt es sich nicht mehr um betriebliche Altersversorgung, sondern um "gewöhnliche" Vermögenswerte, die in den Zugewinnsausgleich fallen. Das ergibt sich auch daraus, dass die bereits ausgezahlten Teile einer laufenden Altersversorgung wertmässig nicht berücksichtigt werden (§ 4 I Barwertverordnung) und Abschläge vorgesehen sind, wenn das Ende der Leistungen bereits absehbar ist (§ 4 II Barwertverordnung). Dann ist es nur konsequent, bei vollständig erbrachten Leistungen einen vollständigen Ausschluss des Versorgungsausgleichs anzunehmen.

b. Unbeständige Leistungen

Laufende Leistungen der betrieblichen Altersversorgung können aus verschiedenen Gründen und in verschiedenem Ausmass unbeständig sein: Bei Unterstützungskassen fehlt es am Rechtsanspruch (§ 1 IV BetrAVG); Widerrufs- oder Freiwilligkeitsvorbehalt, Bedingung oder fehlende Zusage lassen die Fortdauer

¹ So Palandt/Diederichsen, § 1587 Anm.2 a; ähnlich Ruland/Tiemann, Rz 45; korrekt z.B. Fischer, Betrieb 1976, 2351, der von laufenden Leistungen spricht. Zum massgebenden Zeitpunkt für die Abgrenzung siehe unten 4.

der Leistung ungewiss erscheinen; das Konkursrisiko ist nicht (vollständig) abgedeckt, weil die §§ 7 ff. BetrAVG nicht anwendbar sind oder deren Ausnahmeregelungen eingreifen.

Für das Ob des Versorgungsausgleichs spielt die Qualität der Leistungen keine Rolle. Es wäre nicht gerechtfertigt, unbeständige Leistungen vom Versorgungsausgleich auszunehmen, während verfallbare Anwartschaften und Aussichten einbezogen sind. Auch ein schematischer Abschlag bei der Bewertung wie für zeitlich begrenzte Leistungen nach § 4 II Barwertverordnung würde der Ungewissheit der Leistungsdauer nicht gerecht werden.

2. Anwartschaften

a. Anwartschaften nach dem BetrAVG

Anwartschaft ist nach allgemeinem Rechtsverständnis die Rechtsstellung desjenigen, der bei Eintritt einer oder mehrerer bestimmter Bedingungen ein Recht erlangt. Bedingungseintritt und damit Erwerb des Vollrechts hängen allein vom Willen des Anwartschaftsberechtigten oder von äusseren Umständen ab, deren Eintritt wahrscheinlich ist¹.

Ganz dieser Definition entsprechend setzt die Anwartschaft im Betriebsrentenrecht nach allgemeiner Auffassung einen Erwerbstatbestand (z.B. Zusage, betriebliche Übung, Gleichbehandlungsgrundsatz, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag) voraus.

¹ Vgl. Larenz AT, § 13 II 9 (S.188 ff.); Staudinger/Dilcher, Vorbem. 48 ff. zu §§ 158 ff.; Palandt/Heinrichs, Einf. III vor § 158

Die blosse Möglichkeit, dass der Arbeitgeber eine betriebliche Altersversorgung gewähren oder gar erst einführen wird, reicht zur Begründung einer Anwartschaft nicht aus¹. Freilich erscheint eine exakte Begriffsbestimmung nicht erforderlich, weil das BetrAVG Rechtsfolgen nur an unverfallbare Anwartschaften knüpft und hierfür weitergehende Voraussetzungen erforderlich sind. Daher spielt es auch keine Rolle, von welchen Bedingungen die Versorgung abhängt. Übliche Bedingungen sind Eintritt des Versorgungsfalles und Erfüllung einer bestimmten Wartezeit; weitere Bedingungen, auch atypische, können hinzukommen, ohne dass dadurch das Vorliegen einer Anwartschaft in Frage gestellt würde². Denn von dem begrenzten Regelungsgehalt des § 1 BetrAVG her, in bestimmten Fällen einen Verfall der Versorgung aufgrund Ausscheidens aus dem Betrieb auszuschliessen, ist es unerheblich, wie (wenig) wahrscheinlich der Eintritt der Versorgungsvoraussetzungen ist, wenn diese überhaupt noch erfüllbar sind; für den tatsächlichen Erwerb der Versorgung bleibt ohnehin der Bedingungseintritt erforderlich.

b. Anwartschaften im Versorgungsausgleich

Der Begriff der Anwartschaft in § 1587 I kann nicht für alle Versorgungen einheitlich definiert werden. Wenn etwa gesagt wird, Anwartschaft sei "eine gesicherte Aussicht, aus der durch Eintritt des Versicherungs- bzw. Versorgungsfalles der Versorgungsanspruch entsteht"³, so ist das zumindest unvoll-

1 Kemper, S. 23 ff.; Heubeck/Höhne, § 1 Anm.77 ff.; Höfer, ArbGr Rdnr.125

2 Vgl. etwa Kemper, S. 57 ff.; Höfer, ArbGr Rdnr.127 ff.

3 Maier, MüKo, § 1587 Anm.9

ständig und etwa im Hinblick auf verfallbare Anwartschaften der betrieblichen Altersversorgung wenig befriedigend. Der Versorgungsausgleich muss vielmehr von dem besonderen Verständnis der jeweiligen Versorgung ausgehend dieses dann unverändert übernehmen, wenn es dem Sinn des Versorgungsausgleichs entspricht. Das ist bei der weiten Auslegung von Anwartschaft durch das BetrAVG der Fall, weil die Einbeziehung von betrieblicher Altersversorgung in den Versorgungsausgleich umfassend sein soll. Denn die Einbeziehung in den Versorgungsausgleich als solche sagt noch nichts Endgültiges aus. Massgebend ist die vom BGB übernommene Abgrenzung verfallbar - unverfallbar, die über die Zuordnung zum Wertausgleich oder schuldrechtlichen Versorgungsausgleich entscheidet¹. Ausserdem reichen neben Anwartschaften auch "Aussichten" der betrieblichen Altersversorgung aus. "Aussicht" begnügt sich offenbar mit einer geringeren Wahrscheinlichkeit des Erwerbs von Versorgungsansprüchen und lässt damit als Aufgangtatbestand die genaue Bestimmung des erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrades bei der Anwartschaft überflüssig werden.

3. Aussichten auf Leistungen

a. Die Meinungen in der Literatur

Unter Aussicht auf Versorgung im Sinne des Versorgungsausgleichs wird meist der Tatbestand verstanden, dass bei gewöhnlichem Verlauf oder normaler Entwicklung mit einer Versorgung zu rechnen ist (ohne dass bereits ein rechtlich

¹ Siehe unten V.

gesicherter Anspruch besteht¹. Bei der betrieblichen Altersversorgung besäßen insbesondere die Arbeitnehmer, deren Versorgung von einer Unterstützungskasse durchgeführt werde, Aussichten auf Leistungen, weil ihre Rechtsposition trotz fehlenden Rechtsanspruchs durch das BetrAVG als genügend gesichert angesehen werden könne². Demgegenüber gebraucht die arbeitsrechtliche Literatur den Begriff Aussicht unabhängig von den §§ 1587 ff. im Sinne von "Inaussichtstellung". Aussicht bestehe vor Abgabe einer Zusage, wenn der Arbeitgeber noch keine rechtliche Bindung eingegangen sei, oder bei einer ganz frei widerruflichen Ruhegeldzusage³.

b. Eigene Auffassung

Wann ein "gewöhnlicher Verlauf" und andererseits nur die Möglichkeit einer Versorgung anzunehmen ist, lässt sich indes rational kaum beantworten, weil die Wahrscheinlichkeitsprognose lediglich graduelle Unterschiede kennt⁴. Vor allem aber ist jede Prognose über die weitere Entwicklung der Versorgung für die Begriffsbestimmung von Aussicht ebenso wie von Anwartschaft überflüssig; die Frage nach "gewöhnlichem

1 Maier, MüKo, § 1587 Rz 9 sowie Ergänzung zu § 1587 Rz 9; Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1587 Anm.II 1 e; Ruland/Tiemann, Rdnr.47; Palandt/Diederichsen, § 1587 Anm.2 a

2 Ruland/Tiemann, a.a.O.; Palandt/Diederichsen, a.a.O.; Fischer, Betrieb 1976, 2351 f.; Schusinski/Stifel, NJW 1977, 1264; im Ergebnis auch Bergner, Die Sozialgerichtsbarkeit 1978, 133 ff., 134

3 Hilger, Ruhegeld, S. 104 f.; Heissmann, Ruhegeldverpflichtungen, S.94 f.; Kemper, S.24 f.; von "Aussicht auf Abgabe der Versorgungszusage" spricht Höfer, § 1 Anm.27

4 Die Schwierigkeit einer Abgrenzung gibt auch Maier, MüKo, a.a.O. (oben Fussnote 1) zu. Dementsprechend erscheinen seine Beispiele recht willkürlich. Wenn Fischer, Betrieb 1976, 2351, 2352 die Aussicht als "gesicherte Rechtsposition" kennzeichnet, so wird das dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich nicht gerecht und lässt die Frage nach dem Unterschied zur Anwartschaft offen

Verlauf", "normaler Entwicklung" oder genügender Verfestigung der Rechtsposition stellt sich hier nicht. Denn der öffentlich-rechtliche Wertausgleich erfolgt nur bei unverfallbaren Anwartschaften und Aussichten; verfallbare Anrechte unterliegen einem späteren schuldrechtlichen Ausgleich (§§ 1587 a II Nr.3 S.3, 1587 f Nr.4). Demgemäss ist im Ehescheidungsverfahren über die Unverfallbarkeit zu entscheiden, für die durch das BetrAVG sowie Sinn und Zweck des Wertausgleichs feste Masstäbe gegeben sind. Unverfallbarkeit setzt danach eine stärkere Verfestigung des Anrechts, eine weitergehende Wahrscheinlichkeit der Versorgung voraus, als dies durch den Begriff der Aussicht gekennzeichnet werden könnte (unten V.). Dem Begriff der Aussicht kommt so beim öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich keine eigenständige Bedeutung zu; für eine Abgrenzung von (gesicherter) Aussicht zu blosser Möglichkeit ist kein Raum. Wenn das Gesetz gleichwohl unverfallbare Aussichten kennt, so kann es damit nur auf die Unterstützungskassen abzielen, ohne dass die Unterscheidung freilich zwingend geboten wäre¹.

Der Begriff Aussicht hat nun aber nicht etwa Bedeutung als Mindestvoraussetzung für einen schuldrechtlichen Versorgungsausgleich². Denn dieser findet frühestens dann statt, wenn der ausgleichspflichtige Ehegatte eine betriebliche Altersversorgung erlangt hat (§ 1587 g I 2). Es kann nicht richtig sein, dann noch zusätzlich zu verlangen, dass der Ehegatte zu einem früheren Zeitpunkt auch eine mehr oder weniger verfestigte Aussicht auf diese Versorgung, sei es auch nur im Sinne einer Inaussichtstellung,

¹ Vgl. unten V.2.c.bb., insbesondere die auf S. 95 Fn.2 zitierte Rechtsprechung des BAG, sowie Kemper, S. 24 f.

² a.A. Maier, MüKo, § 1587 Anm.9

besessen hat. Eine derartige "nachträgliche Prognose" noch im Zeitpunkt des Antrags auf schuldrechtlichen Versorgungsausgleich erscheint widersinnig, da eine Versorgung tatsächlich erbracht wird. Zudem müsste Aussicht hier wohl stets bejaht werden. Im Scheidungsverfahren ist für eine Prüfung von Aussicht erst recht kein Raum: Ist keine Unverfallbarkeit gegeben, steht damit bereits fest, dass ein Versorgungsausgleich jetzt nicht stattfindet. Selbst dann, wenn das Gericht Aussicht hier verneint hat oder sich mit der Frage gar nicht befasst hat, bleibt aber ein späteres Verfahren des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs möglich und kann man in diesem nicht daran vorbeigehen, dass eben doch eine betriebliche Altersversorgung (aufgrund der gemeinsamen Ehezeit) gewährt wird. Der Begriff Aussicht stellt damit lediglich in Verbindung mit Unverfallbarkeit einen Anknüpfungspunkt dar. Für den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich genügt es dagegen, dass betriebliche Altersversorgung geleistet wird, die in der Ehezeit begründet oder aufrechterhalten worden ist¹.

4. Der massgebliche Zeitpunkt

a. Grundsatz

Die bisherigen Erörterungen haben erst zum Teil geklärt, von welchem Zeitpunkt aus die Versorgung beurteilt werden soll. Man muss sich hierfür zwei Grundgedanken des Versorgungsausgleichs vor Augen halten: Auszugleichen ist die Altersversorgung, die in der Ehezeit für die Zeit danach erworben worden ist. Nach dem neuesten Erkenntnisstand bestimmt sich, was erworben worden ist und welcher Wert ihm zukommt. Während der erste Satz aus § 1587 I und der Entscheidungsharmonie mit dem Zugewinnausgleich (§ 1384)

1 Davon scheint auch Fischer, Betrieb 1976, 2354 f. auszugehen, ohne dass er freilich die Konsequenz für den Begriff Aussicht zieht

folgt, ergibt sich der zweite aus § 1587 c Nr.2, der nur ausnahmsweise auf eine frühere Lage abstellt, sowie aus § 1587 a II Nr.3 S.3, welchem das Gebot eines möglichst "richtigen" Versorgungsausgleichs zugrunde liegt.

b. Einzelfälle

Vom Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung aus ist demnach die im Rahmen der Unverfallbarkeit relevante Frage nach der Beständigkeit der erworbenen Versorgung (unten V.) zu beantworten. Seit dem Ehezeitende eingetretene Veränderungen wie Widerruf der Versorgung oder Fortfall der Invalidität betreffen den in der Ehezeit in Wahrheit erworbenen Versorgungswert, sind also zu berücksichtigen (mit Ausnahme der Fälle des § 1587 c Nr.2). Dasselbe gilt für die zwischenzeitliche Realisierung von Versorgungsansprüchen durch Eintritt des Versorgungsfalles. Die Abgrenzung von Anspruch und Leistung muss daher den Zeitraum bis zum Erlass der Entscheidung einbeziehen¹; Leistung ist nicht nur die schon beim Ehezeitende und über den Entscheidungszeitpunkt hinaus laufende Leistung, sondern auch diejenige, die erst nach dem Ehezeitende eingesetzt hat, sei es, dass sie im Entscheidungszeitpunkt noch andauert oder bereits abgeschlossen ist².

Dagegen geht es bei der Frage, ob es sich um laufende oder um erbrachte Leistungen handelt, um die Ausgleichspflicht als solche. Hier ist das Ehezeitende massgebend. Zwischen Ehezeitende und gerichtlicher

1 Im Ergebnis richtig Maier, MüKo, § 1587 a Anm.379; a.A. Palandt/Diederichsen, Anh.II zu § 1587 a, § 4 Barwertverordnung Anm.1

2 Zu undifferenziert daher Maier, MüKo, § 1587 Anm.11, wenn er ganz allgemein dafür, ob ein Versorgungsanspruch vorliegt und welcher Art es ist, auf den Zeitpunkt der Entscheidung abstellen will

Entscheidung erbrachte Versorgungsleistungen dürfen nicht von einem Ausgleich ausgenommen werden. Eine Leistung, die erst nach dem Ehezeitende eingesetzt hat und im Entscheidungszeitpunkt bereits abgeschlossen war, fällt daher ebenso in den Versorgungsausgleich wie eine solche, die schon vor dem Ehezeitende eingesetzt hat. Der vorzeitige Wegfall der Versorgungsleistung muss bei der Bewertung und damit bei der Höhe des Versorgungsausgleichs berücksichtigt werden. Eine erbrachte Leistung liegt nur vor, wenn sie bis zum Ehezeitende abgeschlossen ist.

c. Die Abfindung der Versorgung insbesondere

Die hier vorgenommene Abgrenzung führt auch bei vertraglichen Einwirkungen auf die Versorgung wie vereinbarten Abfindungen, insbesondere nach § 3 BetrAVG, und bei einseitigen Abfindungsrechten des Versorgungsträgers zu angemessenen Ergebnissen.

Kein Versorgungsausgleich sondern gegebenenfalls ein Zugewinnausgleich findet statt, wenn die Abfindung vor dem Ehezeitende bereits ausgezahlt worden ist¹. Ist die Abfindung erst nach dem Ehezeitende ausgezahlt worden, so liegt eine Leistung der betrieblichen Altersversorgung vor, die in den Versorgungsausgleich fällt². Auch wenn die Abfindung selbst

1 Dem entspricht es, dass mit der Abfindung, d.h. der Zahlung, alle Ansprüche aus der betrieblichen Versorgungszusage erloschen sind, vgl. Heubeck/Höhne, § 3 Anm.21

2 Zur Einbeziehung der Kapitalleistungen siehe oben II.4.b.aa.

(etwa einer verfallbaren Anwartschaft) nicht mehr Versorgungszwecken dient, so hat der Arbeitnehmer doch in der Ehezeit eine Versorgung erworben, die sich in der Abfindung konkretisiert hat. Bei dieser Sachlage kann sich der Verpflichtete darauf einrichten, entsprechend dem Verhältnis von Ehezeit und Betriebszugehörigkeit (§ 1587 a Nr.3) einen Teil der Kapitalsumme in die gesetzliche Rentenversicherung einzuzahlen. Das erscheint auch sinnvoller, als wenn der Anspruch auf Auszahlung der Abfindung, soweit überhaupt Zugewinnngemeinschaft bestand, in voller Höhe (?) in den Zugewinnausgleich fällt. Nicht erheblich ist, ob die Abfindungsvereinbarung bzw. Abfindungsankündigung vor oder nach dem Ehezeiten- de liegt: Dem Arbeitnehmer darf nicht praktisch verwehrt sein, auch noch nach dem Ehezeitende seine Anwartschaft im Rahmen des § 3 BetrAVG zu verwer- ten. Insofern ist der Ehepartner an dem in der be- trieblichen Altersversorgung liegenden Risiko von Anfang an beteiligt. Er wird ausreichend dadurch geschützt, dass die beim Ende der Ehezeit gegebene Versorgungsanwartschaft den Versorgungsausgleich mindestens auf der Grundlage des § 3 II BetrAVG garantiert. Dabei steht die zwingende Vorschrift des § 3 BetrAVG¹ und, soweit diese Bestimmung nicht eingreift², die hier vertretene Auslegung des § 1587 c Nr.2 (unten 5.) Manipulationen, z.B. der Abfindung der Anwartschaft unter Wert zu Lasten des Ehegatten, entgegen. Doch gehen tarifvertrag-

1 Dazu siehe unten F.II.1.

2 Vgl. Höfer, § 3 Anm.4-7; Heubeck/Höhne, § 3 Anm.9 ff.; Thomas, JbAR 13 (1975), S.53 ff., 63; weitere Nachweise bei Zimmermann, S. 115, Fn. 2

liche Abweichungen zuungunsten des Arbeitnehmers (§ 17 III BetrAVG) und einseitige Abfindungsmöglichkeiten des Versorgungsträgers auch zu Lasten des Ehegatten.

Ist die Abfindung vor dem Ehezeitende vereinbart bzw. verbindlich¹ angekündigt worden, bis zur gerichtlichen Entscheidung aber noch nicht ausgezahlt, so handelt es sich um eine in den Versorgungsausgleich fallende (unverfallbare) Anwartschaft auf Kapitalleistung. Daran ändert sich auch hier nichts, wenn Vereinbarung oder Ankündigung nach dem Ehezeitende liegen.

5. Fiktion eines Versorgungsanrechts aufgrund der in den §§ 1587 c Nr.2, 1587 h Nr.2 zum Ausdruck kommenden Wertung?

a. Das Problem und seine Anwendungsfälle

Nach § 1587 c Nr.2 findet ein Versorgungsausgleich nicht statt, soweit der Berechtigte in Erwartung der Scheidung oder nach der Scheidung durch Handeln oder Unterlassen bewirkt hat, dass ihm zustehende Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung, die nach § 1587 I auszugleichen wären, nicht entstanden oder entfallen sind. Beim schuldrechtlichen Ausgleich gilt das gleiche, wenn dem Berechtigten aus eben diesen Gründen eine Versorgung, die nach

¹ Die bloße Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit von nachträglichen Abfindungen kann dagegen nur über Parteivereinbarungen berücksichtigt werden; siehe dazu unten C.V.2.a.bb.

§ 1587 auszugleichen wäre, nicht gewährt wird (§ 1587 h Nr.2). Ein Versorgungsausgleich scheidet also insoweit aus, wie den auszugleichenden Versorgungsanrechten beim Verpflichteten potentielle, aber im Zusammenhang mit der Scheidung "vertane"¹ Versorgungsanrechte auf Seiten des Berechtigten gegenüberstehen.

Problematisch ist, ob diese Fiktion von Versorgungsanrechten auch ausgleichsbegründende Wirkung entfalten kann: Das vom Berechtigten "vertane" Versorgungsanrecht war etwa höher als die rechnerisch auszugleichende Differenz, ohne die Manipulation wäre der Berechtigte also selbst Verpflichteter geworden. Soll hier lediglich der Versorgungsausgleich entfallen oder der Berechtigte selbst ausgleichspflichtig werden? Soll ein Versorgungsausgleich zu Lasten dessen stattfinden, der seine Anrechte "vertan" hat, wenn die tatsächlich bestehenden Anrechte sich die Waage halten oder keinerlei Anrechte vorhanden sind? Nicht anders zu behandeln ist schliesslich der Fall, dass der (sowieso) ausgleichspflichtige Ehegatte seine Versorgungsanrechte verkürzt hat. Jedes Mal stellt sich die Frage, ob das gar nicht vorhandene (weil "vertane") Versorgungsanrecht Grundlage eines Versorgungsausgleichs sein kann.

¹ Der genaue Anwendungsbereich der §§ 1587 c Nr.2, 1587 h Nr.2 kann hier auf sich beruhen. In Betracht kommt etwa der Verzicht auf die betriebliche Altersversorgung, dagegen nicht der Wegfall aufgrund Ausscheidens aus dem Betrieb oder aufgrund Widerrufs wegen Verfehlungen im Arbeitsverhältnis, sofern der Arbeitnehmer nicht auf die Schädigung des Ehegatten abgezielt hat; denn ein solcher Wegfall der Versorgung ist schon im Versorgungsverhältnis angelegt und muss grundsätzlich beide Ehepartner - auch im Zusammenhang mit der Scheidung - gleich treffen

b. Die herrschende Meinung

Nach dem Wortlaut der §§ 1587 c Nr.2, 1587 h Nr.2 sind die "vertanen" Versorgungsanrechte nur Abzugsposten bei der auszugleichenden Versorgung des Verpflichteten. Auf diesen Sinn beschränkt auch die h.M. die gesetzliche Regelung¹. Sie beruft sich für ihre restriktive Auslegung auf die amtliche Begründung: Die Ausdehnung des § 1587 c Nr.2 "erscheine im Hinblick auf die notwendige Erhaltung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit und der beruflichen Mobilität der Ehegatten unangemessen"².

c. Stellungnahme

Das Argument der Amtlichen Begründung mag dafür sprechen, die Voraussetzungen "in Erwartung der Scheidung ... bewirkt" eng auszulegen³. Mit dem Anwendungsbereich der Bestimmung bei Vorliegen dieser Voraussetzungen hat die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit aber wenig zu tun. Die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers wird z.B. regelmässig in gleichem Masse berührt, ob eine Ausgleichsberechtigung versagt oder eine Ausgleichspflicht begründet wird. Der rechnerisch in grosser Höhe Ausgleichsberechtigte, der seine Anrechte "vertan" hat, trägt

1 Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1587 c Anm.III 5; Palandt/Diederichsen, § 1587 c Anm.3 a; Maier, MüKo, § 1587 c Rdnr.20; Ruland, NJW 1976, 1713, 1719 Fn.82; Ruland/Tiemann, Rdnr.474 (Schadensersatzanspruch in Extremfällen); Kissel, Bd.1, S.192 f. (kein Anspruch auf den Ausgleich); offenbar auch Bastian/Roth-Stielow, § 1587 c Anm.21, der aber von Einwirkungen des Verpflichteten auf die Versorgung des Berechtigten spricht

2 BT-Drucks.7/650, S.162 f., 163

3 Vgl. oben S. 76 Fn.1

an dem Ausschluss des Versorgungsausgleichs - zu Recht - wirtschaftlich schwer. Dem würde es voll entsprechen, wenn der rechenerisch nur geringfügig Berechtigte neben dem Ausschluss eines eigenen Ausgleichsanspruchs den Überschuss des "vertanen" Anrechts noch selbst ausgleichen müsste¹.

Entscheidend kann nur sein, dass das Gesetz auf die Manipulation eines Ehegatten reagiert. Diese steht im Vordergrund. Die Versorgungslage bei den Ehegatten ist demgegenüber von untergeordneter und zufälliger Bedeutung. Sie bildet bei wertender Betrachtung der Interessenlage keinen sachlichen Grund für eine Differenzierung. Das wird vollends klar, wenn beide Ehegatten in gleicher Weise manipuliert haben. Es wäre sicherlich willkürlich, in diesem Fall nur beim Berechtigten eine Versorgung zu fingieren. Die -damit m.E. auch vom Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG geforderte - einheitliche Reaktion des Gesetzes auf die Manipulation von Versorgungsanrechten kann nur darin bestehen, das nicht entstandene oder entfallene Versorgungsanrecht nicht nur zugunsten des Verpflichteten und nur bis zur Höhe der Differenz der bestehenden Versorgungsanrechte, sondern generell zugunsten des anderen Ehegatten als bestehend zu fingieren². Demgegenüber kommt auch dem Wortlaut und dem Ausnahmecharakter der Bestimmungen keine massgebende Bedeutung zu.

Im Ergebnis können daher auch nicht entstandene oder entfallene Versorgungsanrechte im Sinne der §§ 1587 c Nr.2, 1587 h Nr.2 als Leistungen, Anwartschaften oder Aussichten angesehen werden.

1 Ablehnend zur Amtlichen Begründung auch Rolland, § 1587 c Rdnr.16 (S.573) und § 1587 Rdnr.10 (S.496)

2 Im Ergebnis ebenso Zimmermann, S.116 und S.165 f.sowie Rolland, a.a.O.,der massgeblich auf den Grundsatz des § 162 BGB abstellt. Kritisch auch Bergner, DRV 1977,1 ff.,27;Bogs, BetrAV 1977,88 ff.,92;letztlich unentschieden Ambrock, §1587 c Anm.3 a.E.,der aber zu Recht ausführt, die beiden Fälle unterschieden sich in der Regel nicht, weil mit dem Verlust der Versorgungsanrechte die Ausgleichspflicht des anderen Ehegatten korrespondiere.Vgl. auch Bastian/Roth-Stielow, § 1587 cAnm.3,der für Analogie in besonderen Fällen eintritt

IV. Begründung oder Aufrechterhaltung in der Ehezeit

Die betriebliche Altersversorgung muss nach § 1587 I in der Ehezeit begründet oder wenigstens aufrechterhalten worden sein. Darin drückt sich die Grundvorstellung des Versorgungsausgleichs aus, nach der die auszugleichende Versorgung auf der gemeinsamen Lebensleistung der Ehegatten beruht.

1. Zeitpunkt der Versorgungszusage

a. Zusage während der Ehezeit

Wurde die Versorgung bei bestehendem Arbeitsverhältnis während der Ehezeit zugesagt, so ist sie "in der Ehezeit begründet" worden. Dasselbe gilt, wenn die Zusage zwar in die Ehezeit fällt, das Arbeitsverhältnis aber noch nicht oder nicht mehr bestand; doch kann sich hier ergeben, dass die auszugleichende Versorgung gleich Null ist, weil keine Betriebszugehörigkeit in die Ehezeit fällt (§§ 1587 a I Nr.3, 1587 g II 1).

b. Zusage vor der Ehezeit

aa. Decken sich Betriebszugehörigkeit und Ehezeit auch nicht teilweise, ist also der Arbeitnehmer vor der Eheschliessung endgültig aus dem Betrieb ausgeschieden, so ist die Versorgung in der Ehezeit weder begründet noch aufrechterhalten worden. Zwar bleibt eine bei Eheschliessung unverfallbare Anwartschaft des ausgeschiedenen Arbeitnehmers nach § 1 BetrAVG auch während der Ehezeit aufrechterhalten.

Jedoch meint § 1587 I etwas anderes: Nach seinem Sinn und Zweck müssen die Bedingungen für die spätere Versorgung wenigstens teilweise während der Ehezeit erfüllt worden sein¹. Davon kann nicht die Rede sein, wenn lediglich der Zeitablauf bis zum Eintritt des Versorgungsfalles in die Ehezeit fällt.

- bb. Decken sich Betriebszugehörigkeit und Ehezeit wenigstens teilweise, wo beruht die Versorgung auch auf der Ehezeit, wenn bei Eheschliessung ein verfallbares Anrecht bestand, das während oder nach der Ehezeit unverfallbar wurde, bzw. zu Leistungen geführt hat, oder wenn ein unverfallbares Anrecht bestand, welches nach der Eheschliessung im Wert gestiegen ist; im letzteren Fall braucht die Werterhöhung² nicht in der Ehezeit eingetreten zu sein, da die Ehezeit für sie jedenfalls auch massgebend ist.

Anders liegt es, wenn der Arbeitnehmer bei Eheschliessung ein unverfallbares Anrecht hatte, das nach der Eheschliessung nicht mehr im Wert gestiegen ist. Zwar mag der Arbeitgeber regelmässig davon ausgehen, dass auch der Arbeitnehmer mit einer unverfallbaren, nicht mehr steigerungsfähigen Anwartschaft dem Betrieb treu bleibt, obwohl er vielleicht noch eine anderweitige Versorgung erwerben könnte. Doch ist der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses anders als der Fortbestand des Beamtenverhältnisses bei einem Beamten mit 35-jähriger Dienstzeit³ nicht Bedingung für die Versorgung.

1 BT-Drucks.7/65o S.155; Ruland/Tiemann, Rdnr.137

2 Keine Werterhöhung in diesem Sinne stellt die Anpassung nach § 16 BetrAVG oder die Leistungserhöhung bei einer volldynamischen Versorgung dar; vgl. für die gesetzliche Rentenanpassung OLG Düsseldorf FamRZ 1979, 595

3 Dieses Beispiel wird im Anschluss an die Begründung zum Regierungsentwurf u.a. bei Maier, MüKo, §1587 Anm.12, Rolland, § 1587 Anm.14, Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1587 Anm.11 1 f, Palandt/Diederichsen, § 1587 Anm.3 angeführt

Erhält ein Ehegatte bereits bei Eheschliessung Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, so ist "Begründung oder Aufrechterhaltung in der Ehezeit" gegeben, wenn die Betriebszugehörigkeit ausnahmsweise neben dem Leistungsempfang fortbesteht und noch eine Steigerung der Versorgung bewirkt.

c. Zusage nach der Ehezeit

Die Versorgung kann auch hier nicht in der Ehezeit begründet oder aufrechterhalten sein, wenn Ehezeit und Betriebszugehörigkeit sich in keiner Weise decken (vor allem, weil der Arbeitnehmer erst nach Ehezeitende in den Betrieb eingetreten ist).

Decken sich Ehezeit und Betriebszugehörigkeit zum Teil oder ganz, so lässt sich ein Versorgungsausgleich nicht deshalb ablehnen, weil bei Ehezeitende kein Anrecht auf Versorgung vorliege, das während der Ehezeit begründet oder aufrechterhalten sein könne¹. Vielmehr zeigt die nachträgliche Zusage, und zwar unabhängig davon, ob die Betriebszugehörigkeit über die Ehezeit hinaus fortbesteht oder nicht, dass die (in die Ehezeit fallende) Betriebszugehörigkeit eben doch zu einer Versorgung führen konnte. Denn die Zusage beruht auf der gesamten Betriebszugehörigkeit und damit auch auf der Ehezeit: Die Versorgung ist in der Ehezeit begründet worden. Waren etwa die Ehegatten 30 Jahre verheiratet und war ein Ehegatte die ganze oder fast die ganze Zeit in einem Unternehmen beschäftigt, so beruht zweifellos auch die auf einer nachträglichen Zusage basierende Versorgung auf der gemeinsamen Lebensleistung der

¹ Vgl. oben III.3.

Ehegatten. Die Zusage ist nur "auslösendes Moment", nicht der wahre Grund für die Versorgung. Wenn Bastian/Schmeiduch¹ solche Rechte aus dem Versorgungsausgleich ausschliessen, "die auf Tatbeständen beruhen, die nicht in die Ehezeit fallen", oder wenn Rolland² es genügen lässt, "dass während der Ehezeit ein Rechtsverhältnis begonnen oder fortgeführt worden ist, das Grundlage einer künftigen Altersversorgung ist", so entspricht das durchaus der hier entwickelten Auffassung, wenn man nur zugibt, dass betriebliche Altersversorgung nicht isoliert auf einer Versorgungszusage, sondern auf der Betriebszugehörigkeit als Ganzem beruht. Der Zeitpunkt der Zusage ist also wie beim Begriff des Anrechts ohne Bedeutung.

Andernfalls könnte auch die Versorgungszusage bewusst hinausgezogen werden, um einen etwaigen Versorgungsausgleich im Interesse des Arbeitnehmers zu verhindern. Ist allerdings die betriebliche Altersversorgung später überhaupt erst eingeführt worden, so kommt es darauf an, ob nach der Versorgungsregelung auch die zurückliegenden Jahre berücksichtigt werden, weil man ansonsten von einem völligen Neubeginn ohne Rücksicht auf frühere Betriebszugehörigkeit auszugehen hat.

2. Leistungen ohne Versorgungszusage

Sind damit unabhängig vom Zeitpunkt der Versorgungszusage die im Entscheidungszeitpunkt über den Wertausgleich unverfallbaren Anwartschaften oder laufenden Versorgungsleistungen bzw. die bei Entscheidung über den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich er-

1 § 1587 Anm.3

2 § 1587 Anm.14

langten Versorgungsleistungen in der Ehezeit begründet oder aufrechterhalten worden, wenn sich Ehezeit und Betriebszugehörigkeit (zum Teil) decken (und die Versorgungsvoraussetzungen bei Ehebeginn nicht endgültig abgeschlossen waren), so ist es nur konsequent, Leistungen ohne Versorgungszusage ebenso zu behandeln. Ob ein Versorgungsausgleich stattfindet, hängt eben nicht von der rechtlichen Fixierung der Versorgung durch eine Versorgungszusage ab. Auch bei fehlender Versorgungszusage beruht die erworbene Versorgung auf der Ehezeit, soweit diese mit der Betriebszugehörigkeit zusammenfällt.

3. "Für-Prinzip oder In-Prinzip"?

Insbesondere im Sozialversicherungsrecht ergeben sich Probleme bei der Nachentrichtung von Beiträgen und bei der Nachversicherung. Der Streit geht darum, ob nur die Beitragsentrichtung in der Ehezeit zu einer Ausgleichspflicht führt (sog. "In-Prinzip") oder ob massgebend ist, für welche Zeiten die Beiträge nachentrichtet werden¹. Beitragsnachentrichtung und Nachversicherung können auch im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung vorkommen, etwa wenn der Arbeitnehmer rückwirkend für Zeiten vor dem Eintritt in den Betrieb versichert wird oder wenn die Versorgung bei einer Pensionskasse nachträglich mit Rückwirkung aufgestockt wird.

1 Ausführlich Ruland/Tiemann, Rdnr.140 ff.; zuletzt OLG Nürnberg NJW 1980, 127 ff. mit Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur

Auch hier müssen die Grundsätze von oben 1. und 2. Anwendung finden. Ebenso wenig wie auf den Zeitpunkt der Versorgungszusage kann es darauf ankommen, wann und für welche Zeit die Nachversicherung bzw. Nachentrichtung von Beiträgen durchgeführt wird. Unabhängig davon, ob dies nach der Ehezeit für Zeiten während der Ehezeit oder in der Ehezeit für Zeiten vor der Ehezeit geschieht, beruht die Versorgung allein auf der Zeit der (gesamten) Betriebszugehörigkeit. Denn diese soll mit der Nachversicherung "honoriert" werden, während Zeitpunkt der Versicherung und Rückwirkung nur die besondere technische Durchführung betreffen. Stellt man daher allein darauf ab, ob sich Ehezeit und Betriebszugehörigkeit decken, so ist der Streit zwischen "Für-Prinzip" und "In-Prinzip" gegenstandslos. Der Ehegatte wird beteiligt, weil er nach der Vorstellung des Gesetzes die Betriebszugehörigkeit in der Ehe ermöglicht oder wenigstens "mitgetragen" hat. Daraus folgt, dass die Verhältnisrechnung des § 1587 a II Nr.3 auch in den Nachversicherungsfällen angemessen ist.

V. Die Unverfallbarkeit von Anwartschaften und Aussichten

1. Die Unverfallbarkeit nach Betriebsrentenrecht

a. Die gesetzlichen Voraussetzungen der Unverfallbarkeit

Nach § 1 I 1 BetrAVG behält ein Arbeitnehmer, dem Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses zugesagt worden sind, seine Anwartschaft, wenn sein Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalles endet, sofern er in diesem Zeitpunkt das 35. Lebensjahr vollendet hat und die Versorgungszusage für ihn mindestens 10 Jahre oder - bei einer Betriebszugehörigkeit von mindestens 12 Jahren - mindestens 3 Jahre bestanden hat. § 1 II-IV BetrAVG dehnt diese sog. Unverfallbarkeit unter den gleichen Voraussetzungen auf die Durchführungsformen Direktversicherung, Pensionskassen und Unterstützungskassen aus. Damit bleibt dem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis vor Erreichen des Versorgungsfalles nach dem 21.12.1974 (vgl. §§ 26, 32 BetrAVG) aus was für Gründen auch immer beendet worden ist, unter den genannten Voraussetzungen die betriebliche Altersversorgung (in Höhe des § 2 BetrAVG) erhalten. Schon 1972 hatte das BAG es für nicht ausnahmslos zulässig angesehen, Versorgungsleistungen davon abhängig zu machen, dass der Arbeitnehmer den Eintritt des Versorgungsfalles im Betrieb erlebt, und bei ordentlicher Kündigung durch den Arbeitgeber nach 20-jähriger Betriebszugehörigkeit Unverfallbarkeit angenommen¹.

¹ BAG vom 10.3.1972, AP NR.156 zu § 242 BGB Ruhegehalt; dazu etwa Kemper, S.34 ff. Zur Weitergeltung dieser Rechtsprechung Heubeck/Höhne, § 26 Anm.3 ff.

Unverfallbarkeit bezieht sich also von ihrer Definition her nur auf zukünftige, nicht auf laufende Leistungen. Sie setzt eine Zusage oder einen gleichstehenden Tatbestand (§ 1 I 3 BetrAVG) voraus, da es auf den Bestand der Versorgung im Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Betrieb ohne die Möglichkeit einer nachträglichen Beurteilung ankommt¹, und betrifft nur die Folgen des Ausscheidens für die Versorgung. Dass der Bestand der betrieblichen Altersversorgung sonstwie berührt werden kann, liegt auf einer anderen Ebene. So stehen etwa ein Widerrufsvorbehalt bei einer Versorgungszusage oder die Wahrscheinlichkeit des Eintritts von allgemeinen Widerrufsmöglichkeiten der Unverfallbarkeit einer Anwartschaft nicht entgegen. Freilich kann man nicht mehr von Unverfallbarkeit sprechen, wenn zwar deren Voraussetzungen formal erfüllt sind, eine Versorgung aber aus anderen Gründen nicht in Betracht kommt. Genannt werden soll hier nur der Fall, in dem eine vorgeschriebene Wartezeit nicht mehr erreicht werden kann², und die Anwartschaft auf Aktivenaltersrente bei vorzeitigem Eintritt der Invalidität³. Insoweit ist aber arbeitsrechtlich schon gar kein Anrecht auf Altersversorgung gegeben.

b. Die sog. vertragliche Unverfallbarkeit

Unverfallbarkeit in dem Sinne, dass das Versorgungsanrecht bei Ausscheiden aus dem Betrieb bestehen bleibt.

1 Vgl. dagegen oben III.3.b.

2 Sofern man überhaupt eine Zusage bejaht; vgl. den Fall BAG AP Nr.2 zu § 1 BetrAVG Wartezeit = EzA § 1 BetrAVG Wartezeit Nr.1; vgl. weiter BAG AP Nr.1 zu § 1 BetrAVG Wartezeit mit zustimmender gemeinsamer Anmerkung von Weitnauer = EzA §1 BetrAVG Wartezeit Nr.2 mit z.T.ablehnender gemeinsamer Anm.v.Lieb

3 Sofern man Höfer, § 1 Anm.102 f. folgt; a.A. mit m.E. besseren Argumenten Heubeck/Höhne, § 1 Anm.86. Die von Höfer in seinem Beispiel Anm.102 aufgestellte Voraussetzung, der Arbeitnehmer müsse die Altersgrenze als Aktiver erreichen, wird vom Zweck der Unverfallbarkeitsregeln gerade untersagt

ist von Anfang an gegeben, wenn die Versorgungszusage nicht die Voraussetzung enthält, dass der Versorgungsfall im Betrieb erreicht werden muss. Das ist z.B. bei der Höherversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung stets der Fall. Die Versorgungszusage kann auch gegenüber § 1 BetrAVG erleichterte Voraussetzungen für die Unverfallbarkeit vorsehen, z.B. fünfjährigen Bestand der Versorgungszusage oder sechsjährige Betriebszugehörigkeit ohne bestimmte Zeitdauer der Versorgungszusage ausreichen lassen. Dann wird auf das Erfordernis des Erreichens des Versorgungsfalles im Betrieb zwar nicht gänzlich, aber doch weitergehend als in § 1 BetrAVG verzichtet. Gleich stehen vertragliche Vereinbarungen über die konkreten Unverfallbarkeitsvoraussetzungen im Arbeitsverhältnis, etwa eine Rückdatierung der Versorgungszusage oder die rechtsgeschäftliche Fiktion von Betriebszugehörigkeit: Es kann keinen Unterschied machen, ob das Gesetz offen abbedungen wird oder seine Voraussetzungen einverständlich fingiert werden.

Derartige Vereinbarungen sind zulässig, da das BetrAVG nur einen Mindeststandard der Altersversorgung festgelegt hat (§ 17 III 3 BetrAVG). Der Arbeitnehmer besitzt also den Anspruch auf die Altersversorgung unter den vertraglich vereinbarten erleichterten Voraussetzungen. Das heisst aber noch nicht, dass die Versorgung vor Erfüllung der Voraussetzung des § 1 BetrAVG in jeder Hinsicht dem Standard einer gesetzlich unverfallbaren Versorgung entspricht:

Die Insolvenzsicherung setzt Unverfallbarkeit "nach § 1" voraus (§ 7 II 1, 2 BetrAVG), vertragliche Unverfallbarkeit reicht daher für das Eingreifen des Insolvenzschutzes nicht aus¹. Das ergibt sich insbesondere auch aus dem Solidarcharakter der Insolvenzsicherung (§ 10 BetrAVG), der die Absicherung von "individuellen" Risiken verbietet. Die vertragliche Regelung braucht auch nicht die Mindesthöhe des § 2 BetrAVG zugrunde zu legen; ist die real erworbene Anwartschaft geringer, so wird die Auslegung der Versorgungsordnung meist ergeben, dass nur der erworbene Teil aufrechterhalten werden soll. Die allein vertraglich unverfallbare Versorgung fällt weiter nicht unter die Abfindungsbeschränkung des § 3 BetrAVG² und kann in der Versorgungsordnung mit einseitigen Abfindungsrechten des Arbeitgebers belastet sein. Schliesslich ist, wo das Gesetz laufende Leistungen sichert (§ 5 I BetrAVG: Auszehrungsverbot; § 5 II BetrAVG: Anrechnungsverbot; § 16 BetrAVG: Anpassungsverpflichtung), immerhin nicht ganz unzweifelhaft, ob auch solche laufenden Leistungen gemeint sind, die allein auf vertraglicher Unverfallbarkeit beruhen, oder ob der Arbeitgeber hier in der Gestaltung frei ist.

1 Heubeck/Höhne, § 1 Anm. 257; § 7 Anm. 35 (Paulsdorff); Höfer, § 7 Anm. 14 f.; Glatzel/Meyer/Wein, § 7 Anm. 15; Kemper, S. 38; Zimmermann, S. 187 f.; Ahrend/Förster, S. 42; Fenge, Betrieb 1975, 50 ff., 56; Blomeyer, Betrieb 1977, 585 f.; Höfer/Abt, Betrieb 1978, 2410 ff., 2411; keine Ausnahme stellt BAG Betrieb 1978, 2127 ff. dar, das bei dem Begriff der Betriebszugehörigkeit i.S. des § 1 BetrAVG die vertragliche Anrechnung von Vordienstzeiten für möglich hält; dazu Höfer/Abt, a.a.O., 2411 ff.; a.A. nur Richardi, Sozialplan und Konkurs, S. 68 und Thomas, Jb. des ArbR 13 (1975), S. 53 ff., 66

2 Heubeck/Höhne, § 3 Anm. 10; Höfer, § 3 Anm. 4; Glatzel/Meyer/Wein, § 3 Anm. 6

2. Die Unverfallbarkeit von betrieblicher Altersversorgung im Versorgungsausgleich

a. Problemstellung und Auffassungen in der Literatur

Nach den §§ 1587 a II Nr.3 S.3, 1587 f Nr.4 findet bei Anwartschaften oder Aussichten auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, die im Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung noch nicht unverfallbar sind, kein Wertausgleich, sondern der schuldrechtliche Versorgungsausgleich statt. Mit dem Begriff "unverfallbar" nimmt der Gesetzgeber bewusst auf § 1 BetrAVG Bezug¹. Dementsprechend wird überwiegend eine deckungsgleiche Auslegung vertreten, das arbeitsrechtlich unverfallbare Anrecht sei stets die geeignete Grundlage für den Wertausgleich². Geringere Anforderungen an Unverfallbarkeit im Versorgungsausgleich stellt dagegen Rolland³, wenn er § 1 BetrAVG als einen "Standard für den Grad rechtlicher Verfestigung der Anwartschaft oder Aussicht" ansieht, der es rechtfertige, "die Rechtsposition als unverfallbar anzusehen", wobei "für die Zwecke des Versorgungsausgleichs" die Vorschriften über die Unverfallbarkeit nicht uneingeschränkt gegeben sein müssten. Gerade umgekehrt will Schwab⁴ nach § 1 BetrAVG unverfallbare, aber in ihrem Bestand aus besonderen Gründen dennoch ungesichert erscheinende Anwartschaften als verfallbar im Sinne des § 1587 f Nr.4 behandeln.

1 Vgl. BT-Drucks.7/4361, S.38

2 Maier, MüKo, § 1587 a Anm.220 f. und 198; Ergänzung zu § 1587 a Anm.220; Ruland/Tiemann, RdNr.122 f.; Erman/Ronke, § 1587 a Anm.25; Belchäus, MDR 1976, 793 ff., 797

3 § 1587 a RdNr.83

4 Handbuch, RdNr.564 ff., insbesondere 567 ff., 713

b. Engeres Verständnis von Unverfallbarkeit im Versorgungsausgleich

Die Auffassung, welche den Begriff der Unverfallbarkeit im Versorgungsausgleich weiter als im BetrAVG ziehen will, lässt sich nicht mit den Fällen unerfüllter Wartezeit begründen¹. Denn Unverfallbarkeit ist bei allen Formen der betrieblichen Altersversorgung gerade unabhängig von vorgeschriebenen (noch erfüllbaren) Wartezeiten (§ 1 I 4 BetrAVG). Kann die Wartezeit nicht mehr erfüllt werden, wäre die Annahme von Unverfallbarkeit in jedem Falle verfehlt². Es ergibt sich, dass Wartezeiten bei betrieblicher Altersversorgung, anders als etwa bei der gesetzlichen Rentenversicherung, kein Risiko im Sinne von Ungewissheit darstellen.

Für die unveränderte Übernahme des arbeitsrechtlichen Verständnisses von Unverfallbarkeit in den Versorgungsausgleich spricht die Einheit der Rechtsordnung und der Wortlaut der Bestimmung. Doch kommt dem keine entscheidende Bedeutung zu. Der Regelungszweck in BetrAVG und BGB ist ein anderer. Während das BetrAVG unter bestimmten (zeitlichen) Voraussetzungen eine Verfestigung des Anrechts in bestimmter Hinsicht (kein Verfall aufgrund Ausscheidens aus dem Betrieb) anordnet, muss das BGB einen bestimmten Grad der Verfestigung für die Durchführung eines Wertausgleichs voraussetzen³.

1 Vgl. das Beispiel bei Rolland, § 1587 a Rdnr.83

2 Siehe oben 1.a.

3 Dies wird auch im Bericht des Rechtsausschusses (a.a.O. oben S.89, Fn. 1) deutlich

Beim Versorgungsausgleich ist eine Verfestigung der Versorgung in jeder Hinsicht erforderlich. Denn die Rechtfertigung des Versorgungsausgleichs durch Art. 6 I GG und Art. 3 II GG entfällt, wenn der Verpflichtete ein Opfer erbringt, das nicht mehr dem Ausgleich zwischen den geschiedenen Ehegatten dient, weil sich die betriebliche Altersversorgung beim Verpflichteten nicht realisiert¹. Dieser Gefahr eines Verfalls der Versorgung, unabhängig davon, auf welchen Gründen sie beruht, muss begegnet werden. Gerade bei betrieblicher Altersversorgung bestehen sehr verschiedenartige Risiken und Sicherungen², so dass eine gleichmässige Behandlung aller Fallgruppen nicht ohne weiteres gerechtfertigt erscheint. Für die gebotene Differenzierung ist § 1587 a II Nr. 3 S. 3 das geeignete Instrument. Da der beschränkte Regelungszweck des BetrAVG im Versorgungsausgleich somit eventuell nicht ausreicht, kann der Sinn der Bezugnahme nur dahingehen, solche Anwartschaften und Aussichten, die den gewöhnlichen Standard des arbeitsrechtlich unverfallbaren Anrechts besitzen, dem Wertausgleich, die übrigen dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich zu unterstellen. Unverfallbarkeit im Sinne des § 1587 a II Nr. 3 verlangt einen bestimmten Grad von Verfestigung der Versorgung, wie er bei unverfallbarer Versorgung nach § 1 BetrAVG regelmässig gegeben ist, wobei dessen Anwendungsbereich aber u.U. weiter sein kann. Nicht massgebend ist demgegenüber, dass die Vorstellung, die der Gesetzgeber mit der Bezugnahme verbunden hat, den Verfall aus anderen Gründen als der

1 BVerfG NJW 1980, 692 ff., 695. Das BVerfG hat zwar in erster Linie die Fälle im Auge, in denen sich die Kürzung der Rentenansprüche beim Verpflichteten aufgrund des Versorgungsausgleichs nicht entsprechend beim Berechtigten auswirkt (a.a.O. 695 f.). Doch muss gleiches gelten, wenn der Verpflichtete dem Berechtigten eine Versorgung verschafft und dann umgekehrt selbst keine Versorgungsleistungen erhält

2 Darauf weist zu Recht Bogs, Zur Sache 2/76, S. 62 hin

Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht beinhaltet¹. Für ein engeres Verständnis von Unverfallbarkeit im Versorgungsausgleich spricht auch, dass nur diejenige betriebliche Altersversorgung zu einer Einzahlungspflicht in die gesetzliche Rentenversicherung oder zu einer Verrechnung mit Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung führen darf, die in ihren Risiken auch mit der gesetzlichen Rentenversicherung vergleichbar ist. Schliesslich ist die Notwendigkeit einer nachträglichen Korrektur des Versorgungsausgleichs, abgesehen davon, dass eine solche nach geltendem Recht bisher überwiegend abgelehnt wird², möglichst zu vermeiden. Sie führt vor allem dann nicht zu einem befriedigenden Rückausgleich, wenn der Verpflichtete der Einzahlungsverpflichtung des § 1587 b III nachgekommen ist und das entsprechende Kapital damit einer anderweitigen Verwendung - meist endgültig - entzogen worden ist.

Im folgenden müssen die besonders gelagerten Fälle herausgearbeitet werden, in denen das Anrecht trotz arbeitsrechtlicher Unverfallbarkeit aus anderen Gründen für die Durchführung eines Wertausgleichs nicht weitgehend genug gesichert erscheint und sich eher mit dem "Normalfall" einer verfallbaren Anwartschaft vergleichen lässt. Hier entfällt dann der Wertausgleich zugunsten des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs.

¹ Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.302 ff., 304, 315 ff. der für die Auslegung des Gesetzes neben den "subjektiven Vorstellungen" des Gesetzgebers "gewisse objektive rechtliche Zwecke und Sachzwänge" anerkennt, "deren sich der Gesetzgeber selbst nicht oder nicht in vollem Umfang bewusst zu sein braucht" (a.a.O. S.304 f.)

² Zusammenfassend Zimmermann, S.212 ff. gegen D.Schwab FamRZ 1977, 768 ff., 772 und Handbuch, Rdnr.711 ff.

c. Fallgruppen

aa. Allgemeine Risiken der betrieblichen Altersversorgung

Trotz arbeitsrechtlicher Unverfallbarkeit ist jede betriebliche Altersversorgung mit bestimmten Risiken verbunden, die bei der gesetzlichen Rentenversicherung nicht oder jedenfalls weniger stark auftreten. Hierzu zählen das Risiko des Widerrufs der Versorgung wegen Verfehlungen des Arbeitnehmers, das Insolvenzrisiko im Falle des § 7 VI BetrAVG (Verursachung des Sicherungsfalles durch kriegerische Ereignisse u.ä.), das Wahlrecht des Arbeitgebers nach § 2 II, III BetrAVG und die Abfindungsmöglichkeit nach § 3 BetrAVG, der Wegfall des Anrechts auf Altersversorgung wegen vorzeitiger Invaliditätsversorgung¹ sowie das höhere Prozessrisiko. Keineswegs ausgeschlossen ist auch, dass der Arbeitnehmer "versehentlich" in einer Ausgleichsquittung auf die betriebliche Altersversorgung verzichtet. Das Wahlrecht, die Abfindungsmöglichkeit, die vorzeitige Invaliditätsversorgung und das Prozessrisiko i.S. von Wahrscheinlichkeit, den Anspruch gerichtlich durchsetzen zu müssen, betreffen allenfalls den Wert der Versorgung und können hier deshalb vernachlässigt werden. Bei den übrigen Risiken, einschliesslich dem Prozessrisiko in dem Sinne, dass der Arbeitnehmer bei Eintritt des Versorgungsfalles trotz gegenteiliger Beurteilung durch das Familiengericht² die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt, geht es dagegen

1 Heubeck/Höhne, § 1 Anm.80 a; Höfer, § 2 Anm.27, zu weitgehend aber § 1 Anm.102 f.

2 Vgl. auch noch unten C.V.2.a.aa.

um den Ausfall der Versorgung. Auch sie bleiben aber im Rahmen des § 1587 a II Nr.3 S.3 unberücksichtigt. Ansonsten würde, was eindeutig dem Gesetz widerspricht, betriebliche Altersversorgung immer schuldrechtlich ausgeglichen. Offenbar sollten die genannten Risiken wegen ihrer Geringfügigkeit im Gesamtrahmen der betrieblichen Altersversorgung ebenso wie etwa fehlende Wartezeiten (§ 1587 a VII) vernachlässigt werden. Verwirklichen sie sich im Einzelfall doch, ist nur mit einer nachträglichen Korrektur des Versorgungsausgleichs zu helfen, wobei dahingestellt bleiben soll, wieweit eine solche Korrektur verfassungsrechtlich geboten und schon nach der derzeitigen Rechtslage etwa über einen schuldrechtlichen Versorgungsausgleich möglich ist¹.

bb. Unterstützungskassen

Der Gesetzgeber wollte auch die nach § 1 IV BetrAVG unverfallbaren Versorgungspositionen bei Unterstützungskassen in den öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich einbeziehen. Nach seiner Auffassung bestehen bei Unterstützungskassen mangels Rechtsanspruchs keine Anwartschaften, sondern nur "Aussichten"². Diese werden vom Gesetz aber wie Anwartschaften behandelt, können insbesondere unverfallbar sein (vgl. § 1587 a II Nr.3 S.1, S.3) und fallen dann in den Wertausgleich. Damit verbietet es sich auch, Aussichten mit noch nicht unverfallbaren Anwartschaften gleichzusetzen³. Ob man nun die Versorgungsposi-

1 Vgl. BVerfG NJW 1980, 695 und oben S. 92 Fn.2

2 BT-Drucks. 7/1281, S.24; Reform des Ehe- und Familienrechts, BMJ Erl., S.235 f.; vgl. auch oben III.3.

3 Dies tut aber Kiesel, Bd.1 S.173,180; dagegen Maier, MüKo, § 1587 a Anm.169

tionen bei Unterstützungskassen als Aussichten oder Anwartschaften ansieht, Konsequenz ist der Wertausgleich bei Unverfallbarkeit. Die unterschiedliche Terminologie des Gesetzes gegenüber dem BAG, das durchweg von unverfallbaren Anwartschaften spricht¹, ist ohne Bedeutung. Die terminologische Differenzierung des Gesetzgebers spricht zudem eher für die Einbeziehung in den Wertausgleich als gegen sie. Andernfalls müsste man die Unterstützungskassen überhaupt aus dem Versorgungsausgleich ausnehmen.

Die Entscheidung des Gesetzgebers wird der Sache nach durch die Rechtsprechung des BAG bestätigt, nach der Empfänger von Unterstützungskassenleistungen und Inhaber von entsprechenden unverfallbaren künftigen Leistungen "keine mindere Rechtsstellung" besitzen und Widerrufsmöglichkeiten, die weitergehen als die bei Direktzusagen üblichen, steuerunschädlichen Widerrufsvorbehalte, bei Unverfallbarkeit nicht in Betracht kommen². Damit entspricht die Rechtsstellung des Arbeitnehmers derjenigen bei der übrigen betrieblichen Altersversorgung, eine möglicherweise höhere Insolvenzgefahr wird durch die Insolvenzsicherung gedeckt. Die Bedenken von Schwab³, ob es angemessen sei, "eine letztlich nicht sicher verwertbare Versorgungsposition im Rahmen des öffentlichrechtlichen Versorgungsausgleichs zu berücksichtigen", erscheinen unangebracht.

1 BAG Betrieb 1979, 1942 ff.

2 BAG Betrieb 1979, 1942 ff. Dass bei Verfallbarkeit weitergehende Widerrufsmöglichkeiten, etwa für Änderungen von Versorgungsplänen, in Betracht kommen (a.a.O., S.1944), spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle

3 Handbuch, Rdnr. 564

cc. Vertragliche Unverfallbarkeit

Die Einbeziehung von nur vertraglich unverfallbaren Anrechten in den Wertausgleich ist umstritten¹. Der Wortlaut des Gesetzes kann gleichermassen als Beleg für beide Auffassungen dienen, weil der Sprachgebrauch "unverfallbare Anwartschaften und Aussichten" nicht eindeutig ist und sowohl alle unverfallbaren als auch nur die engere Gruppe der in § 1 BetrAVG bezeichneten Anrechte umfassen kann. Entscheidend ist, dass die allein vertraglich unverfallbaren Anrechte wichtige Sicherungen und Privilegien des BetrAVG nicht besitzen, insbesondere nicht gemäss §§ 7 ff. BetrAVG insolvenzgeschützt sind². Wenn der Gesetzgeber Unverfallbarkeit als Voraussetzung für den Wertausgleich bestimmt und ihm dabei als Mindestvoraussetzung der Standardfall des unverfallbaren Anrechts vor Augen gestanden hat³, so dürfen diese Sicherungen nicht fehlen. Mag auch das Insolvenzrisiko insgesamt relativ gering zu veranschlagen sein⁴, so kann es doch nicht mit der Erwägung, es handele sich nur um einen Teilaspekt des allgemeinen Lebensrisikos⁵, ausgeklammert werden. Denn demjenigen, der betriebliche

1 Die Einbeziehung bejahend Ruland/Tiemann, Rdnr.123; Fischer, Betrieb 1976, 2351, 2352; ablehnend wohl Schusinski/Stifel NJW 1977, 1264, 1265; weitere ausführliche Nachweise bei Zimmermann, S. 191, Fn.3

2 Siehe oben 1.b.

3 Siehe oben 2.b.

4 Zimmermann, S. 199 f. errechnet einen Wert von 5,1 %. Immerhin haben sich die Insolvenzsicherungsfälle seitdem von ca. 30.000 auf 64.000 erhöht, vgl. FAZ vom 10.7.1980, S.11 (vgl. auch die Geschäftsberichte des Pensions-Sicherungs-Vereins 1978 S.10 und 1979 S.9). Diese Fälle können nicht einfach unberücksichtigt bleiben

5 So Zimmermann, S. 198

Altersversorgung auszugleichen hat, wird von Gesetzes wegen eine Art "Vorleistungspflicht" aufgedrängt, sei es durch Einzahlung nach § 1587 b III, sei es durch Verrechnung mit "sicheren" Versorgungsanrechten anderer Art. Das ist nur vertretbar, wenn die Insolvenzgefahr für ihn überhaupt ausgeschaltet ist, jedenfalls soweit es sich nicht um die betriebliche Altersversorgung insgesamt, sondern um kleine abgrenzbare Gruppen innerhalb von betrieblicher Altersversorgung handelt, bei denen zusätzliche Risiken bestehen. Dabei darf es auch nicht auf die mehr oder weniger starke Insolvenzgefahr im Einzelfall ankommen, deren Prüfung rein spekulativ wäre. Zweifelhaft kann nur sein, wie die vertragliche Unverfallbarkeit dort zu behandeln ist, wo aus rechtlichen Gründen überhaupt kein Insolvenzrisiko besteht, es also lediglich um die übrigen Sicherungen des BetrAVG geht, wie insbesondere bei Pensionskassen. Hier muss m.E. im Einzelfall gefragt werden, ob in der Versorgungsordnung Risiken angelegt sind, die einen Versorgungsausgleich vor Eintritt der gesetzlichen Unverfallbarkeit ausschliessen¹.

dd. Fehlende Insolvenzversicherung aus besonderen Gründen

Ist die Annahme gerechtfertigt, dass es der alleinige oder überwiegende Zweck der Versorgungszusage oder ihrer Verbesserung, der Beleihung oder Abtretung eines Anspruchs aus einer Direktversicherung gewesen ist, den Träger der Insolvenzversicherung in Anspruch zu nehmen (§ 7 V BetrAVG), so kommt wegen fehlender Insolvenzversicherung ebenso wie bei vertraglicher Unverfallbarkeit nur der schuldrechtliche Versorgungsausgleich in Betracht. Dasselbe gilt bei besonders hohen Versorgungszusagen für den überschüssenden Teil, der nach § 7 III BetrAVG nicht gesichert ist.

¹ Siehe auch noch unten ee. - hh.

ee. Wartezeiten bei Altersversorgung

Wird als Voraussetzung für eine Versorgung die Erfüllung einer Wartezeit¹ verlangt, so werden Versorgungsleistungen frühestens nach Ablauf der Wartezeit erbracht. Die Nichterfüllung von Wartezeiten steht arbeitsrechtlich der Unverfallbarkeit nicht entgegen; denn nach § 1 I 4 BetrAVG kann eine vorgesehene Wartezeit auch ausserhalb des Betriebs zurückgelegt werden. Eine Wartezeit kann daher ganz verschiedene Wirkungen entfalten: Steht fest, dass sie nicht mehr erfüllt werden kann, so ist eine Versorgungsberechtigung von Anfang an nicht gegeben. Das ist der Fall, wenn Altersversorgung nur Betriebsangehörige erhalten sollen, die bis zum 65. Lebensjahr eine bestimmte Zeit dem Betrieb angehört haben, diese aber aus Altersgründen nicht mehr erreichen können². Wird die Wartezeit bei der Altersversorgung vor Erreichen der Altersgrenze ablaufen, so kommt ihr praktisch keine Bedeutung zu. Aber selbst wenn sie erst danach abläuft, kann der Arbeitnehmer nach ihrem Ablauf Versorgungsleistungen erwarten, wenn nach der Versorgungsregelung Beschäftigungszeiten nach dem 65. Lebensjahr mitzählen und deren Erfüllung möglich war³. Bei der Altersversorgung ist die Beurteilung damit relativ sicher, ob Versorgungsleistungen erbracht werden müssen, wobei zu beachten ist, dass der Beginn der Leistungen über die Altersgrenze hinaus aufgeschoben sein kann.

1 Zum Begriff der Wartezeit, insbes. der Einbeziehung von sog. Vorschaltzeiten unter Abgrenzung zu nicht rein zeitbezogenen (Gruppen-) Merkmalen, siehe BAG AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Wartezeit = Betrieb 1977, 1074 f. = EzA § 1 BetrAVG Wartezeit Nr. 3 mit ablehnender Anmerkung Lieb; BAG Betrieb 1979, 551 ff. (Mindestalter); BAG Betrieb 1980, 1352 f. (Zusage der Erteilung einer Zusage)

2 BAG AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Wartezeit = Betrieb 1977, 1608 ff.

3 BAG AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Wartezeit = Betrieb 1977, 1607 f. Die Prognose schafft aber dann Unsicherheit, wenn der Ablauf der Wartezeit deutlich nach dem 70. Lebensjahr des Arbeitnehmers liegt

Die Regelung des § 1587 a VII, nach der die Nichterfüllung von Wartezeiten unberücksichtigt bleibt, erscheint daher für die Altersversorgung sinnvoll. Sie wirft keine grösseren Probleme auf, da der Ablauf der Wartezeit im Verhältnis zum Eintritt des Versorgungsfalles berechenbar ist. § 1587 a VII lässt sich aber nicht dahin verstehen, dass eine Versorgung, die wegen der erforderlichen Wartezeit nicht schon mit Erreichen der Altersgrenze, sondern erst später geleistet wird, wie eine Versorgung ohne eine solche Wartezeit bewertet werden könnte. Vielmehr muss hier die Kürzungsvorschrift des § 2 II 3, III 3 Barwertverordnung für einen späteren Leistungsbeginn angewendet werden.

ff. Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte,
Bedingungen

Versorgungszusagen können unter ausdrücklichen Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalten oder unter Bedingungen stehen. Entspricht ein solcher Vorbehalt nur den ohnehin gegebenen allgemeinen Widerrufsmöglichkeiten¹, so gilt das oben aa. zu den allgemeinen Risiken der betrieblichen Altersversorgung Gesagte. Geht er zulässigerweise

¹ Höfer, ArbGr. RdNr.183 ff., 208 ff.; Heubeck/Höhne, § 1 Anm.411 ff. (sog. Mustervorbehalte). Zu beachten ist aber, dass die Rechtsprechung die Widerrufsgründe immer mehr einschränkt: BAG BB 1980, 470 f. (Widerruf wegen schwerwiegender Treupflichtverletzungen, die die Berufung auf die Versorgungszusage arglistig erscheinen lassen); BAG Betrieb 1979, 1942 ff. (Widerruf wegen wirtschaftlicher Notlage auch durch Unterstützungskasse nur, wenn -beim Trägerunternehmen- ein Sicherungsfall i.S.v. § 7 I 2,3 BetrAVG vorliegt): Der Widerrufsgrund wirtschaftliche Notlage wird damit vollständig von der Regelung der §§ 7 ff. BetrAVG (Insolvenzsicherung) erfasst; vgl. auch BAG Betrieb 1980, 1172 f. (Sicherung der rechtzeitigen Erfüllung der Versorgungsleistungen durch Arbeitgeber oder Träger der Insolvenzsicherung)

darüber hinaus¹, so ist die Versorgung mit einem besonderen Verfallsrisiko belastet. Da für eine Risikoabschätzung im Einzelfall dem Gericht sichere Anhaltspunkte fehlen, muss man generell davon ausgehen, dass die Versorgung durchaus noch wegfallen kann. Sie entspricht daher trotz formal bestehender Unverfallbarkeit (i.S. des § 1 BetrAVG) mehr dem Standard einer verfallbaren Versorgung. Hier ist nur der schuldrechtliche Versorgungsausgleich gerechtfertigt².

gg. Besonderheiten der Invaliditätsversorgung

Zweifel wirft die Behandlung von reinen Invaliditätsversorgungen auf, wenn ihre Realisierung von dem noch ungewissen Eintritt der Invalidität abhängt. Wegen dieser Ungewissheit soll nach einer Auffassung in der Literatur trotz Unverfallbarkeit der schuldrechtliche Versorgungsausgleich zum Zuge kommen³. Dabei wird übersehen, dass der Ordnungsgeber im Rahmen

1 Vgl. LAG Hamm Betrieb 1980, 1124 f.: Widerruf nach "freiem Belieben"; nicht aber bei Widerruf nach "billigem Ermessen" (vgl. BAG Betrieb 1979, 1942 ff., 1944 unter I 3 c). Die Richtigkeit der Entscheidung des LAG Hamm ist sicher nicht unzweifelhaft, braucht aber nicht im einzelnen überprüft zu werden. Entscheidend ist allein, dass es Fälle eines gesteigerten Widerrufsrisikos aufgrund ausdrücklicher Regelungen auch bei Unverfallbarkeit geben kann (a.A. offenbar Zimmermann, S. 160 ff.)

2 Inkonsequent insoweit Schwab, Handbuch, Rdnr. 569 a.E.

3 Schwab, FamRZ 1977, 768 ff., 771.; ders., Handbuch, Rdnr. 573

seiner gesetzlichen Ermächtigung¹ mit § 2 IV Barwertverordnung eine Regelung getroffen hat, die die bestehende Ungewissheit im Rahmen der Bewertung der Versorgung berücksichtigt. Dass dies nicht als bestmögliche Lösung anzusehen ist, sondern eine Wahrscheinlichkeitsrechnung anhand von Durchschnittswerten unbefriedigend erscheint, weil meist entweder eine viel zu geringe oder eine sich gar nicht mehr realisierende Versorgung ausgeglichen wird, steht angesichts der klaren Entscheidung des Gesetzgebers nicht mehr zur Debatte².

Anders, wenn die Invaliditätsversorgung auch noch von der Erfüllung einer Wartezeit abhängt: Hier ist im Gegensatz zur Altersversorgung nicht von vornherein klar, ob der Versorgungsfall vor oder nach Ablauf der Wartezeit eintreten wird, bzw. die Wartezeit überhaupt erfüllt werden kann. Tritt die Invalidität vorher ein, so erhält der Arbeitnehmer trotz Unverfallbarkeit nach § 1 BetrAVG für diesen Versorgungsfall auch nach Ablauf der Wartezeit keine Leistungen³. Der Erwerb von Versorgungsleistungen bei Invalidität ist also praktisch ebenso unsicher wie dann, wenn noch ein Verlust der Anwartschaft bei Ausscheiden aus dem Betrieb droht. Daher ist bei der Invaliditätsversorgung trotz § 1587 a VII Unverfallbarkeit i.S. des § 1587 a II Nr.3 S.3 nicht erreicht, wenn die Versorgung noch den Ablauf einer Wartezeit voraussetzt⁴.

1 Die Einbeziehung in den öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich war gewollt, da anders als bei der privaten Rentenversicherung für Invalidität (selbständige Berufsunfähigkeitsversicherung) mit dem Eintritt der Unverfallbarkeit bei betrieblichen Versorgungszusagen eine bleibende -wenn auch vom Eintritt der Invalidität abhängige- Rechtsposition gegeben ist; vgl. BR-Drucks. 191/77, S.13 f., 14 f.

2 Vgl. aber unten C.V.2.a.bb.

3 Heubeck/Höhne, § 1 Anm.245; Schumacher, Betrieb 1976, 1914, 1915; Schwab, Handbuch, Rdnr.565; daran vermag auch die oben S.98 Fn. 3 zitierte Entscheidung des BAG nichts zu ändern.

4 Für schuldrechtlichen Versorgungsausgleich auch Zimmermann, S.181

hh. Laufende Leistungen

Laufende Leistungen werden von § 1587 a II Nr. 3 S.3 nicht erwähnt; bei ihnen ist eine Differenzierung verfallbar - unverfallbar i.S. des BetrAVG begrifflich ausgeschlossen. Sie scheinen daher ohne weiteres in den Wertausgleich zu fallen. Demgegenüber kann es auch laufenden Leistungen an der Bestandskraft mangeln, die bei Anwartschaften für einen Wertausgleich vorauszusetzen ist. M.E. sind hier die gleichen Grundsätze anzuwenden wie bei nach § 1 BetrAVG unverfallbaren Anwartschaften, da das besondere Verständnis von Unverfallbarkeit unabhängig vom Versorgungsstadium einheitlich gelten muss. Die Tatsache der Leistungserbringung vermindert zwar das Verfallsrisiko, aber nur deshalb, weil der Zeitraum für den Eintritt des Versorgungsfortfalls kürzer ist. Doch wird dies durch die höhere Bewertung der laufenden Leistungen nach § 4 Barwertverordnung wettgemacht. Die Abwägung der Interessen des Versorgungsempfängers, der nicht grundlos Ausgleich leisten soll gegen die Interessen des Ehepartners am Ausgleich fällt auch hier nach denselben Maßstäben wie oben aa. bis gg. u.U. zugunsten des Ersteren aus.

Fälle, in denen laufende Leistungen verfallbaren Anwartschaften gleichstehen, sind freilich nicht allzu häufig: Die Insolvenzsicherung laufender Leistungen nach § 7 I BetrAVG ist unabhängig davon, ob im Anwartschaftsstadium Unverfallbarkeit nach § 1 BetrAVG eingetreten war¹. Auch kann die Möglichkeit des nachträglichen Wegfalls der einmal eingetretenen Invalidität unberücksichtigt bleiben. Dagegen fehlt die Insolvenzsicherung im Falle des § 7 BetrAVG. Ein Ausfall von Versorgungsleistungen droht auch bei besonderen, über die üblichen Regelungen hinausgehenden

1 Blomeyer, Betrieb 1977, 585 f., 586

Widerrufsvorbehalten und bei laufenden Leistungen, die ohne jede Zusage erbracht werden. In diesen Fällen ist der elastische schuldrechtliche Versorgungsausgleich vorzuziehen, zumal die Voraussetzungen für ihn regelmässig sofort erfüllt sind.

C. Zweiter Hauptteil:

Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Scheidung (§ 1587 o)

I. Die allgemeinen Voraussetzungen der Vereinbarung

1. Zeitraum

Vereinbarungen nach § 1587 o müssen "im Zusammenhang mit der Scheidung" stehen. Damit werden Grenzen für ihren frühest- und spätestmöglichen Zeitpunkt abgesteckt.

a. Zusammenhang mit der Scheidung vor anhängigem Scheidungsverfahren

aa. Subjektiver Zusammenhang

Ein Zusammenhang mit der Scheidung kann nach allgemeiner Meinung bereits vor Einreichung des Scheidungsantrags bestehen¹. Dem ist zuzustimmen. Freilich lässt sich die in § 1587 o II 1 normierte Pflicht zur notariellen Beurkundung nur sehr bedingt als Argument für diese Auffassung heranziehen, da die Möglichkeit der notariellen Beurkundung

¹ Ambrock, § 1587 o Anm. I; Bastian/Schmeiduch, § 1587 o Anm. 2; Erman/Ronke, § 1587 o Anm. 5; Göppinger, Vereinbarung, Rdnr. 411; Kissel, Bd. 1, S. 199 f.; Kniebes/Kniebes, DNotZ 1977, 269 ff., 292; Maier, Versorgungsausgleich, § 1587 o Anm. 1; Palandt/Diederichsen, § 1587 o Anm. 2; Rolland, § 1587 o Anm. 18; Ruland/Tiemann, Rdnr. 566; Schwab, Handbuch, Rdnr. 682; ders., DNotZ Sonderheft 1977, 51 ff., 68; Strobel, MüKo, § 1587 o Anm. 5; Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1587 o Anm. II 1 a

wegen der besonderen Beratungs- und Belehrungspflichten des § 17 BeurkundungsG auch während des Scheidungsverfahrens neben der gerichtlichen Beurkundung ihren Sinn behält¹. Vereinbarungen nach § 1587 o dienen aber dazu, die Folgen der bevorstehenden Scheidung zu regeln. Dies muss so rechtzeitig geschehen können, dass die Parteien in der Lage sind, ihr Verhalten im Scheidungsprozess entsprechend auszurichten, der Antragsgegner etwa eine von der Vereinbarung abhängig gemachte Zustimmung zur Scheidung nach § 1566 I sofort erklären kann. Das Scheidungsverfahren lässt sich dann reibungsloser durchführen. Darüber hinaus ist es sinnvoll, dass der Scheidungsantrag selbst von dem Zustandekommen einer Vereinbarung abhängig gemacht werden kann. Ohne den Abschluss einer Vereinbarung ist die Scheidung für einen oder beide Ehepartner u.U. nicht von Interesse. Auch bleibt dann das Verhalten des Antragsgegners (§ 1566 I) und damit die Erfolgsaussicht des Scheidungsverfahrens für den Antragsteller ungewiss. Es wäre verfehlt, dennoch zunächst die Stellung des Scheidungsantrags zu verlangen. Das gilt insbesondere auch dann, wenn vorgesehen ist, den Arbeitgeber in die Vereinbarung einzubeziehen², seine Mitwirkung aber noch offen ist.

Als Indiz für den Zusammenhang wird vereinzelt angesehen, dass ein Ehegatte einen Rechtsanwalt wegen der Scheidung aufgesucht hat³. Dabei handelt es sich aber um ein rein formales Kriterium, das für sich genommen weder hinreichend noch erforderlich sein kann.

1 Nicht ganz exakt daher Voskuhl/Pappai/Niemeyer, a.a.O.

2 Dazu siehe unten F.

3 Voskuhl/Pappai/Niemeyer, a.a.O. (oben S.104, Fn.1)

Denn einerseits kann es beliebig erfüllt werden, ohne dass eine konkrete Scheidung beabsichtigt ist, was die Abgrenzung zu Vereinbarungen nach § 1408 II unmöglich macht. Andererseits dokumentiert das Aufsuchen eines Notars den Zusammenhang mit der Scheidung ebenso gut wie das Aufsuchen eines Rechtsanwalts. Die Ehegatten, die zunächst zu einer Parteienvereinbarung kommen wollen, um dann erst einen Rechtsanwalt einzuschalten, betreiben bereits ihre Scheidung, weil die auf eine konkrete Scheidung bezogene Vereinbarung wesentliches Element der Scheidung ist.

Der vom Gesetz geforderte Zusammenhang erweist sich somit als ein subjektiver Zusammenhang. Erforderlich ist die dem anderen Ehegatten bekannte Scheidungsabsicht eines Ehegatten¹. Nach dem Sinn des § 1587 o, den Versorgungsausgleich in einer konkreten bevorstehenden Scheidung zu regeln, und nach dem Wortlaut der Bestimmung, die einen Zusammenhang mit der Scheidung verlangt, kann aber nicht "irgendeine" Scheidungsabsicht genügen. Sie darf nicht nur "latent" sein, sondern muss auch betätigt werden und dann gerade zu dem Scheidungsverfahren führen, in dessen Rahmen die Vereinbarung vorgelegt wird. Andernfalls würde die Abgrenzung zu den Vereinbarungen gemäss § 1408 II, die vor allem wegen der hier normierten Jahresfrist und der unterschiedlichen Regelungsmöglichkeiten von Bedeutung ist, verwischt werden. Es reicht aber aus, wenn einer der Ehegatten die Scheidungsabsicht des anderen weiterführt und die Schei-

¹ So die meisten oben S. 104, Fn.1 zitierten Autoren

dung weiterbetreibt, da deren Identität sich dadurch nicht ändert. Die Rücknahme des Scheidungsantrags (§ 626 ZPO) ist nur schädlich, wenn der andere Ehegatte die Scheidung nicht weiterbetreibt¹. Der Antragsteller ist nicht schutzbedürftiger als der Antragsgegner, und die Aufgabe der Scheidungsabsicht seitens des Antragsgegners berührt den Zusammenhang mit der Scheidung ja ebenfalls nicht. Das gilt gleichermassen für die notariell wie für die vor dem Familiengericht abgeschlossene Vereinbarung; denn auch die letztere regelt den Versorgungsausgleich einer bevorstehenden Scheidung und wird damit von der Rücknahme des Scheidungsantrags nicht erfasst (vgl. § 269 III ZPO).

bb. Verhältnis zu § 1408 II 2

Der subjektive Zusammenhang wird teilweise dadurch aufgelockert, dass man Vereinbarungen nach § 1587 o innerhalb des gesamten letzten Jahres vor dem Antrag auf Scheidung für zulässig hält². Doch beruht das Argument, den Ehegatten stünde ansonsten - weil § 1408 II 2 den Ausschluss des Versorgungsausgleichs innerhalb eines Jahres vor Antrag auf Scheidung für unwirksam erklärt - in diesem Zeitraum keine ausreichende Dispositionsbefugnis zu, auf einer unzulässigen nachträglichen Betrachtungsweise: Entweder besteht nämlich eine Scheidungsabsicht. Dann kommt § 1587 o zum Zuge, während der Abschluss von Vereinbarungen nach § 1408 II im Hinblick auf dessen Jahresfrist riskant ist. Führt die Scheidungsabsicht

1 a.A. Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr. 412 a.E.

2 In diesem Sinne Ruland/Tiemann, Rdnr.566, die freilich inkonsequent statt von "Antrag auf Scheidung" von "Scheidung" sprechen; gegen Ruland/Tiemann : Strobel, MüKo, § 1587 o Anm.5, Fn.14

nicht zum Scheidungsverfahren, so besteht keine Veranlassung, eine Vereinbarung nach § 1587 o gleichsam automatisch ein Jahr aufrechtzuerhalten; denn es ist nicht gewährleistet, dass die Vereinbarung für die beiderseits neu beabsichtigte Ehescheidung noch passt. Oder es besteht keine Scheidungsabsicht. Dann liegt mangels konkreter Scheidung kein Grund vor, nach § 1587 o vorzugehen oder auch nur neben einer Vereinbarung nach § 1408 II eine gleichzeitige "vorsorgliche" Vereinbarung gem. § 1587 o zuzulassen. Kommt es nach einer Vereinbarung gem. § 1408 II innerhalb eines Jahres zum Scheidungsantrag, so greift die Unwirksamkeitsfolge des § 1408 II 2 ein. Wegen dieser vom Gesetzgeber bewusst vorgesehenen Beschränkung der Dispositionsbefugnis¹ scheidet auch die Umdeutung in eine Vereinbarung nach § 1587 o aus. Möglich bleibt lediglich eine neue Vereinbarung, wenn jetzt noch ein Konsens hergestellt werden kann.

cc. Anforderungen an die Scheidungsabsicht

Allerdings dürfen auch nicht zu strenge Masstäbe an den Zusammenhang zwischen Scheidungsabsicht bei Abschluss der Vereinbarung und Scheidungsverfahren angelegt werden. So ist es etwa unschädlich, wenn die Scheidungsabsicht zwischenzeitlich kurzfristig in Frage gestellt wird. Der Zusammenhang ist erst zerstört, wenn die Ehegatten die Scheidungsabsicht endgültig aufgeben oder die Scheidungsklage rechtskräftig abgewiesen wird. Die Umdeutung einer wegen Wegfalls der Scheidungsabsicht obsolet gewordenen Vereinbarung nach § 1587 o in eine Vereinbarung gem. § 1408 II kommt nicht in Betracht. Der Vertrag wird

¹ Siehe dazu unten D.I.2.

vielmehr unheilbar unwirksam, weil die gesetzlichen Voraussetzungen für ihn endgültig fehlen¹. Bei dem hier vertretenen Erfordernis eines Zusammenhangs zwischen Scheidungsabsicht und daraus resultierendem Scheidungsverfahren kommt es auch nicht darauf an, wie konkret oder gefestigt der Scheidungsschluss sein muss². Abgesehen von der Aussichtslosigkeit einer entsprechenden rechtlichen Abgrenzung und tatsächlicher Feststellungen zeigt die Tatsache, dass es zur Scheidung kommt, die Ernsthaftigkeit der Scheidungsabsicht zur Genüge.

Der beurkundende Notar braucht sich daher lediglich davon zu überzeugen, dass ein Ehegatte die Scheidungsabsicht besitzt. Dazu reicht die Äusserung des Scheidungswillens in aller Regel schon deshalb aus, weil eine Vereinbarung nach § 1587 o ohne Scheidungsabsicht für die Ehegatten praktisch nicht von Interesse ist. Das Familiengericht muss dann prüfen, ob die Scheidungsabsicht zu dem gegenwärtigen Scheidungsverfahren geführt hat³. Dabei kann einer längeren Zeitdauer zwischen Vereinbarung und Scheidungsantrag Bedeutung zukommen, ohne dass das Gericht in der einen oder anderen Richtung gebunden

1 Zu vorsichtig Bastian/Schmeiduch, § 1587 o Anm.2 mit ihrer Annahme, der Vertrag könnte seine Wirkung verlieren, mit der Folge, "dass sich keiner der Eheleute mehr auf seinen Inhalt berufen kann"

2 Vgl. entsprechende Formulierungen bei Maier, Versorgungsausgleich, § 1587 o Anm.1 und bei Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1587 o Anm. II 1 a; dagegen Bastian/Schmeiduch, § 1587 o Anm.2, die zu Recht unnötige Abgrenzungsschwierigkeiten befürchten; in dieselbe Richtung Rolland, § 1587 o Anm.18

3 OLG Frankfurt NJW 1979, 1368 f. vermengt die Prüfung des Zusammenhangs mit der Scheidung unzulässigerweise mit der Frage des frühestmöglichen Zeitpunkts der Genehmigung durch das Familiengericht; dazu unten 3. a. aa.

wäre. Die Jahresfrist des § 1408 II 2 kann jedenfalls nicht als Masstab dafür herangezogen werden, ob es sich noch um die ursprüngliche Scheidungsabsicht handelt; denn bereits die Mindesttrennungsfrist bei einverständlicher Ehescheidung beträgt nach den §§ 1565 II, 1566 I ein Jahr und den Ehegatten darf nicht verwehrt sein, die Trennung erst nach Zustandekommen der Vereinbarung auf sich zu nehmen.

b. Zusammenhang mit der Scheidung nach anhängigem Scheidungsverfahren

aa. Vor Abschluss des Scheidungsverfahrens

Ist die Antragsschrift eingereicht (§ 622 ZPO), liegt der notwendige Zusammenhang ohne weiteres vor, gleichgültig ob die Parteien die gerichtliche oder die notarielle Beurkundung wählen (vgl. § 127 a). Zweifelhaft ist nur, bis zu welchem Zeitpunkt die Dispositionsbefugnis andauert. Nicht zutreffend erscheint es, auf die Rechtskraft des Scheidungsausspruchs abzustellen und bei vorzeitigem Scheidungsausspruch (§ 628 ZPO) eine Ausnahme zu machen¹. Vereinbarungen müssen nämlich in jedem Fall bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Versorgungsausgleich (vgl. § 53 g I FGG) möglich sein, weil bis dahin der Streitgegenstand regelungsbedürftig ist. Solange die Rechtshängigkeit der Folgesache Versorgungsausgleich andauert, ist das Scheidungsverfahren auch

¹ So aber Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1587 o Anm. II 1 a; Erman/Ronke, § 1587 o Anm.5

noch nicht abgeschlossen. Der Unterschied zwischen beiden Auffassungen zeigt sich in den Fällen der isolierten Anfechtung der Entscheidung über den Versorgungsausgleich (§§ 629 a II 1, 621 e ZPO), weil dann schon Rechtskraft der Scheidung eingetreten, der Versorgungsausgleich aber noch regelungsbedürftig ist. Andererseits sind Vereinbarungen mindestens bis zur Rechtskraft des Scheidungsausspruchs zulässig, weil die Entscheidung über den Versorgungsausgleich nach § 629 d ZPO vorher nicht wirksam wird.

Man kann sich fragen, ob es dem Sinn und Zweck der Dispositionsbefugnis wirklich gerecht wird, dass die Ehegatten die Entscheidung des Gerichts über den Versorgungsausgleich abwarten dürfen, um dann auf deren Grundlage die für sie günstigste einverständliche Regelung zu treffen. Der Vereinfachung dient das nicht. Die Dispositionsbefugnis bezweckt aber vor allem auch, den Parteien wie beim Prozessvergleich (§ 794 I Nr.1 ZPO) eine autonome Regelungsmöglichkeit zu geben; dazu passt eine zeitliche Beschränkung bis zur gerichtlichen Entscheidung über den Versorgungsausgleich nicht, zumal die Vereinbarung in der nächsten Instanz ohnehin wieder möglich ist. Unzuträglichkeiten in der Praxis dürften sich daraus kaum ergeben.

bb. Nach rechtskräftiger Entscheidung über den Versorgungsausgleich

Nach einer rechtskräftigen Entscheidung über den Versorgungsausgleich sind Vereinbarungen jedenfalls insoweit ausgeschlossen, wie der Versorgungsausgleich mit Rechtskraft der Entscheidung gemäss §§ 1587 b I, II BGB, 1304 a I, 1304 b II RVO (und den

entsprechenden Bestimmungen des AVG und des RKG) vollzogen ist¹. Dann sind die Versorgungsanschaften endgültig verteilt. Da § 1587 o I 2 jedenfalls eine unmittelbare Gestaltung verhindert², müsste die Vereinbarung darauf gerichtet sein, die Verteilung rückgängig zu machen; doch fehlt es dafür an der Möglichkeit eines gerichtlichen Vollzugs. Zudem soll § 1587 o streitbeendende Wirkung besitzen, wie in § 53 d FGG zum Ausdruck kommt. Streitbeendigung steht aber nicht mehr in Rede.

In den übrigen Fällen, also insbesondere bei § 1587 b III, ist die Rechtslage umstritten:

Zum Teil werden Vereinbarungen überhaupt für unzulässig gehalten³. Dem steht m.E. entgegen, dass sich das Familiengericht in einer Reihe von Fällen auch nach einer rechtskräftigen Entscheidung über den Versorgungsausgleich noch mit diesem befassen muss, z.B. gem. § 1587 d, f Nr.3,5 oder soweit es lediglich festgestellt hat, dass der schuldrechtliche Versorgungsausgleich stattfindet. Steht eine gerichtliche Entscheidung ohnehin aus, spricht insoweit, d.h. bezüglich der regelungsbedürftigen Frage, nichts gegen die Zulässigkeit einer einverständlichen Regelung nach § 1587 o. Wie auch die Vereinbarungen im Rahmen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs zeigen⁴, ist der Zusammenhang mit der Scheidung gewahrt, weil die Scheidungsfolgesache noch nicht abgeschlossen ist.

1 Reinartz, NJW 1977, 81,82; Ruland, NJW 1976, 1713, 1715; Ruland/Tiemann, Rz.567; Strobel, MüKo, § 1587 o Anm.5

2 Vgl. auch unten III.2.c.

3 Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1587 o Anm.II 1 a

4 Dazu unten IX.2.

Zum Teil werden Vereinbarungen unbeschränkt als zulässig angesehen¹. Solange der Versorgungsausgleich noch nicht (durch Einzahlung) erledigt sei, bestehe ein der Parteivereinbarung zugänglicher Anspruch auf Versorgungsausgleich². Demgegenüber ist aber der Streitgegenstand Versorgungsausgleich durch die rechtskräftige Entscheidung des Gerichts weggefallen. Streitbeendigung im Sinne des § 53 d FGG kommt nicht mehr in Frage³. Da lediglich Erfüllung bzw. Vollstreckung der Einzahlungspflicht noch ausstehen, kommt es darauf an, ob § 1587 o ähnlich dem Prozessvergleich nur den Streitgegenstand erledigen oder darüber hinaus ganz allgemein einen "Anspruch auf Ausgleich der Versorgung" regeln will. Die besseren Gründe sprechen für die erste Alternative. Dem steht nicht entgegen, dass die Vereinbarung auch schon vor Stellung des Scheidungsantrags möglich ist. Die vom Familiengericht genehmigte Vereinbarung vertritt eine Entscheidung über den Versorgungsausgleich oder ist Vorstufe zu ihr. Rechtskräftige Entscheidungen sollen nur in dem besonders geregelten Fall des § 53 f FGG angetastet werden, und auch da nur zum Zwecke der Klarstellung⁴. Es würde aber eine Durchbrechung der Rechtskraft bedeuten, wenn die Ehegatten trotz Festsetzung eines bestimmten Einzahlungsbetrags nach § 1587 b III etwa eine höhere Ausgleichsquote mit den Wirkungen der §§ 1304 b, 1304 a I RVO gegenüber der gesetzlichen

1 So Reinartz, NJW 1977, 81,82; Ruland, NJW 1976, 1713, 1715; Ruland/Tiemann, Rz.567; wohl auch Göppinger, Vereinbarungen, Rz.412; Bastian/Schmeiduch, § 1587 o Anm.3

2 Reinartz, a.a.O.

3 Darauf weist zu Recht Plagemann, NJW 1977, 844 hin

4 Vgl. nur Strobel, Anhang II zu §§ 1587 bis 1587 p, § 53 f FGG Anm.5

Rentenversicherung vereinbaren könnten. Das verbietet auch der Schutzzweck der rechtskräftigen Entscheidung gegenüber dem materiell und formell beteiligten¹ Träger der gesetzlichen Rentenversicherung.

Damit besteht im Fall des §1587 b III nur ein kleiner Vereinbarungsspielraum. Unberührt bleiben Vereinbarungen ausserhalb des Bereichs des § 1587 o, die freilich den Umfang der Einzahlungspflicht nicht mehr verändern können und auch nur Wirkung zwischen den Parteien besitzen.

2. Form

Die Vereinbarung muss notariell beurkundet oder zu gerichtlichem Protokoll genommen werden, §§ 1587 o II 1, 2, 127 a. Der Formzwang soll eine angemessene und ausgewogene Beratung ermöglichen (Schutzfunktion) und besitzt daneben Warn- und Beweischarakter². Die Schutzrichtung ist damit eine andere als beim Genehmigungserfordernis, das den ausgleichsberechtigten Ehegatten vor Übervorteilungen, also vor Abweichungen von der gesetzlichen Ausgleichssituation über einen bestimmten Umfang hinaus, schützen soll³. Die mit dem Formerfordernis verbundene Beratung muss sich gerade auch auf die zulässigen Abweichungen erstrecken. Für das Gericht muss gesichert sein, dass

1 Vgl. nur Strobel, Anhang II zu §§ 1587 bis 1587 p, § 52 b FGG Anm. 5, 6 und Keidel/Kuntze/Winkler, § 53 b Anm. 7 (mit Nachweisen in Fn. 5) und Anm. 8

2 BT-Drucks. 7/4361 S. 49; Blandt/Diederichsen, § 1587 o Anm. 4; Strobel, MüKo, § 1587 o Anm. 15

3 BT-Drucks. a.a.O.

die - genehmigungsfähigen - Modifikationen gegenüber der Gesetzeslage tatsächlich gewollt sind. Daher wird eine formnichtige Vereinbarung (§ 125) auch nicht durch eine gerichtliche Genehmigung geheilt¹.

Auch durch ein Erfüllungsgeschäft tritt keine Heilung des Formmangels ein. Nicht zu überzeugen vermag zwar die Begründung von Strobel², ein Erfüllungsgeschäft folge nicht notwendig nach. Entscheidend ist aber, dass das dem § 1587 o II 1, 2 zugrundeliegende Schutzbedürfnis des Ausgleichsberechtigten von der Erfüllung nicht berührt wird, während etwa bei den §§ 313, 518, 766 die hier im Vordergrund stehende Warn- und Beweisfunktion mit der Erfüllung erledigt ist.

Ein Dritter, der in die Vereinbarung einbezogen wird, z.B. der Arbeitgeber im Falle des mit einer Realteilung der betrieblichen Altersversorgung verbundenen Ausschlusses des Versorgungsausgleichs³, braucht an der Form des § 1587 o nicht teilzunehmen. Er ist nicht Vertragspartner der Parteivereinbarung. Da seine Mitwirkung Grundlage der Vereinbarung ist, kann das Familiengericht die Genehmigung allerdings erst erteilen, wenn seine (formlose) vertragliche Verpflichtung zur Mitwirkung vorliegt.

1 So auch, allerdings ohne Begründung, Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr.415; Schwab, Handbuch, Rdnr. 680 a.E; Strobel, MüKo, § 1587 o Anm.17

2 a.a.O.

3 Siehe dazu unten F.III.

3. Genehmigungserfordernis

a. Verfahrensfragen

Von den zahlreichen Fragen des Genehmigungsverfahrens¹ sollen nur zwei näher untersucht werden, denen besondere Bedeutung im Zusammenhang mit dem Ausgleich von betrieblicher Altersversorgung zukommt.

aa. Zeitpunkt der Genehmigung

Umstritten ist, ob das Gericht schon vor Anhängigkeit des Scheidungsantrags über die Erteilung der Genehmigung entscheiden kann². Die h.M. verneint diese Möglichkeit mit verschiedenen Erwägungen: Das Ende der Ehezeit hänge nach § 1587 II von der Rechtshängigkeit ab, die notwendige Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Eheleute könne nicht zuverlässig und ausreichend durchgeführt werden, bei Ablehnung der Genehmigung könne ein Amtsverfahren (§ 623 III 1 ZPO) nicht durchgeführt werden und schliesslich bestehe auch kein praktisches Bedürfnis für die vorzeitige Genehmigung.

1 Vgl. nur Rolland, § 1587 o Anm.29 ff. und Strobel, MüKo, § 1587 o Anm.41 ff.

2 Verneinend OLG Frankfurt NJW 1979, 1368 f.; Friederici, FamRZ 1978, 655 f.; Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr.414; Keidel/Kuntze/Winkler, § 53 d FGG Anm.14; Kniebes/Kniebes, DNotZ 1977, 269 ff., 293; Palandt/Diederichsen, § 1587 o Anm.4 a.E.; Rolland, § 1587 o Anm.31 f.; Schwab, Handbuch, Rdnr. 681; auch nach Kissel, Bd.1, S.200 kann das Genehmigungsverfahren vor Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens lediglich anhängig gemacht werden und setzt die Genehmigung die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals Zusammenhang mit dem Scheidungsverfahren voraus; damit ist aber nichts gewonnen. Bejahend Strobel, MüKo, § 1587 o Anm.44, der seine Auffassung aber inzwischen aufgegeben hat (MüKo, Ergänzung zu § 1587 o Anm.44)

Diese Argumente können nicht überzeugen:

Die Dauer der Ehezeit spielt für die Vereinbarung der Ehegatten häufig keine grosse Rolle, z.B. bei einverständlicher Bewertung der betrieblichen Altersversorgung. Die Versorgungsverhältnisse ändern sich im übrigen regelmässig nicht so abrupt, dass eine Prognose durch das Familiengericht ausgeschlossen erscheint. Auch kann die Genehmigung eine bestimmte Ehezeit und Entwicklung der Versorgungsverhältnisse als Voraussetzung bestimmen. Die Fortdauer der Ehezeit kann daher zwar ein Grund sein, die Genehmigung im Einzelfall zu versagen, nicht aber, sie generell auszuschliessen.

Nachträgliche Änderungen der Vermögensverhältnisse der Ehegatten dürften seltene Ausnahmen sein. Nur ein Teil der Vereinbarungen wird überhaupt Unterhaltsregelung und Vermögensauseinandersetzung mit einbeziehen (§1587 o II 4). Änderungen sind auch nach einer Genehmigung im Scheidungsverfahren nicht auszuschliessen. Die Genehmigung kann die (nach § 12 FGG ermittelten) gegenwärtigen Verhältnisse als Voraussetzung zugrundelegen.

§ 623 III 1 ZPO ist für die Frage des Genehmigungszeitpunkts irrelevant. Dass der Wertausgleich bei Ablehnung der Genehmigung von Amts wegen durchgeführt wird, bezieht sich naturgemäss nur auf ein rechtshängiges Scheidungsverfahren.

Ein praktisches Bedürfnis ist unbedingt anzuerkennen. Es würde nicht nur finanziell, sondern vor allem auch psychologisch einen grossen Nachteil bedeuten,

wenn bei Zweifeln über die Genehmigungsfähigkeit einer Vereinbarung die Scheidung zuerst rechts-hängig gemacht werden müsste. Dadurch würde die Zulässigkeit der Vereinbarung vor Anhängigkeit der Scheidung weitgehend entwertet.

Für die vorzeitige Genehmigungsmöglichkeit spricht systematisch auch die selbständige Stellung des § 53 d FGG gegenüber der Vorschrift des § 53 b IV FGG. Schliesslich kann und muss der Zusammenhang von Vereinbarung und Scheidung im Scheidungsverfahren gesondert geprüft werden - ebenso wie etwa dann, wenn das Scheidungsverfahren längere Zeit geruht hat.

bb. Beteiligung des Arbeitgebers

Im Verfahren über die Genehmigung nach § 1587 o II 3 kann das Gericht über Grund und Höhe von Versorgungsanrechten und laufenden Versorgungsleistungen bei Arbeitgebern und sonstigen Trägern der betrieblichen Altersversorgung Auskünfte einholen. Das ergibt sich aus § 53 b II 2 FGG, der im Gegensatz zu seinem Absatz 1 und Absatz 2 S.1 ganz allgemein vom "Verfahren über den Versorgungsausgleich" spricht¹. Die genannten Stellen sind nach § 53 b II 3 FGG verpflichtet, den gerichtlichen Ersuchen Folge zu leisten. Damit wird die nach § 2 VI BetrAVG bestehende Auskunftsberechtigung des ausgeschiedenen Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber nicht nur auf einen grösseren Kreis und einen weiteren Anlass ausgedehnt, sondern wegen des besonderen Zwecks des Versorgungsausgleichs auch der Sache nach, etwa im Hinblick auf die Höhe einer vorgezogenen Altersleistung (§ 6 BetrAVG) oder den Verlauf einer Invalidenanwartschaft, erweitert².

1 Udsching, NJW 1978, 289 ff., 291; Keidel/Kuntze/Winkler, § 53 d Anm.14 a.E.; vgl. aber Göppinger, RdNr.423 letzter Absatz

2 Vgl. Höfer, § 2 Anm.141. Zur Auskunftspflicht des Arbeitgebers siehe auch unten F.III.1.c.

Der Träger der betrieblichen Altersversorgung ist weder im Falle des § 1587 b III 1-3 noch grundsätzlich im Genehmigungsverfahren Beteiligter (§ 53 b I FGG), da seine Rechtsstellung in keinem Falle berührt wird. Zweifelhaft erscheint aber, ob er wenigstens dann am Genehmigungsverfahren zu beteiligen ist, wenn er in die Vereinbarung der Ehegatten einbezogen wird. Die Entscheidung hängt davon ab, ob eine Beteiligung im materiellen Sinne besteht, d.h., ob Rechte und Pflichten des Versorgungsträgers durch die Regelung der Angelegenheit unmittelbar betroffen werden können¹: Zwischen der Parteivereinbarung der Ehegatten nach § 1587 o und ihrer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber besteht ein untrennbarer Zusammenhang. Denn wie ein fehlender Konsens des Arbeitgebers die Parteivereinbarung genehmigungsunfähig und auch nach erteilter Genehmigung gegenstandslos macht, so entzieht die Versagung der Genehmigung der Vereinbarung mit dem Arbeitgeber den Boden. Damit wird durch die Genehmigung oder ihre Versagung das Recht des Versorgungsträgers, Vereinbarungen über die Versorgung abzuschliessen, unmittelbar berührt. Es handelt sich nicht lediglich um

1 Bumiller/Winkler, vor § 13 Anm.1 a; Jansen, § 6 Anm.5; Keidel/Kuntze/Winkler, § 6 Anm.14. Wenn Keidel/Kuntze/Winkler (§ 53 d Anm.14 mit weiteren Nachw. in Fn.1) die Beteiligung des Trägers der gesetzlichen Rentenversicherung und der Versorgungslast im Genehmigungsverfahren schon deshalb ablehnen wollen, weil § 53 b FGG nicht anwendbar sei, so kann dem nicht gefolgt werden. Auch ihr Hinweis auf Udsching, NJW 1978, 289, 291 geht fehl; dieser ist sogar der Auffassung, das Verfahren nach § 53 b FGG sei auch im Falle einer Vereinbarung durchzuführen, da § 53 d FGG nur die Entscheidung über den Versorgungsausgleich entbehrlich mache. Folgt man dem, so verliert die Frage der Beteiligung im Genehmigungsverfahren an Bedeutung. Auch Strobel (MüKo, § 1587 o Anm.41) lehnt zwar eine Beteiligung des Trägers der gesetzlichen Rentenversicherung ab, begründet dies aber mit dem Fehlen einer unmittelbaren Betroffenheit in der Rechtsstellung; die Rechtswirkung trete nicht durch die Genehmigung, sondern aufgrund der genehmigten Vereinbarung ein.

die Rechte aus einer abgeschlossenen Vereinbarung. Der Versorgungsträger ist hier also Beteiligter, ebenso wie etwa dann, wenn das Gericht eine entsprechende Regelung nach § 1587 b IV treffen will.

b. Prüfungsrahmen

Die Genehmigung soll nur verweigert werden, wenn unter Einbeziehung der Unterhaltsregelung und der Vermögensauseinandersetzung offensichtlich die vereinbarte Leistung nicht zur Sicherung des Berechtigten für den Fall der Erwerbsunfähigkeit und des Alters geeignet ist oder zu keinem nach Art und Höhe angemessenen Ausgleich unter den Ehegatten führt (§ 1587 o II 4). Das Gesetz verlangt also zwei Ersatztatbestände dafür, dass es nicht zu dem gesetzlich vorgesehenen Versorgungsausgleich kommt, sondern einer der Ehegatten etwas von dem ihm "an sich" Zustehenden aufgibt. Dabei besitzt die Prüfung des angemessenen Ausgleichs vor der Eignung zur Alterssicherung logischen Vorrang. Was über den angemessenen Ausgleich hinausgeht, muss nicht unbedingt zur Alterssicherung geeignet sein, und angemessen kann u.U. auch der Verzicht auf jeglichen Ausgleich sein.

aa. Angemessener Ausgleich

Der nach Art und Höhe angemessene Ausgleich (im untechnischen Sinne) setzt eine Gegenleistung als Äquivalent dafür voraus, dass der Berechtigte auf den Versorgungsausgleich ganz oder zum Teil verzichtet. Die Gegenleistung müsse - so wird formuliert - dem Verzicht ungefähr entspre-

chen¹. Massgebend ist aber, wie die auf S.121 Fn.1 zitierten Autoren nicht in Frage stellen, der Vergleich von gesetzlichen Versorgungsausgleich und dem Ausgleich, wie er unter Einbeziehung der Vereinbarung vorgesehen ist (vereinbarter Ausgleich). Besser ausgedrückt hat daher der vereinbarte Ausgleich dem gesetzlichen Versorgungsausgleich ungefähr zu entsprechen. Das kann auch nicht mit der Erwägung in Frage gestellt werden, die Unterhaltsregelung und die Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten seien in die Angemessenheitsprüfung miteinzubeziehen und bei diesen werde die Grenze der Vereinbarungsbefugnis erst durch § 138 gezogen. Denn der Gesetzgeber wollte zu grosse Abweichungen gerade von der durch den Versorgungsausgleich eingeführten Alterssicherung ausschliessen. Dabei kommt es auf den Wert des gesetzlichen Versorgungsausgleichs an. Die Art des vereinbarten Ausgleichs, die in der ersten Alternative des § 1587 o II 4 im Vordergrund steht, interessiert hier praktisch nur deshalb, weil sie auch dessen Wert beeinflusst.

Nach h.M. soll durch die Angemessenheitsklausel nur der Berechtigte geschützt werden². Der Wortlaut der Bestimmung verlangt ganz allgemein einen angemessenen Ausgleich, spricht also eher gegen eine solche

1 So Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr.422; Ruland/Tiemann, Rdnr.573; Strobel, MüKo, § 1587 o Anm.32 f.; vgl. aber BT-Drucks.7/4694, S.13 (Begründung des Bundesrats für die Einberufung des Vermittlungsausschusses) und Kniebes/Kniebes, DNotZ 1977, 269 ff. 292. Siehe aber auch Gernhuber, S.376 ff. (Masstab sei nicht allein der gesetzliche Ausgleich), nach dessen Auffassung besondere Gründe im Einzelfall die Beurteilung der Angemessenheit beeinflussen; dazu unten im Text

2 AG Mosbach, FamRZ 1977, 810, 813 (Genehmigungspflicht des Familiengerichts); Meincke, DStR 1977, 363 ff., 370; Strobel, MüKo, § 1587 o Anm.35 mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte

Einschränkung. Aus der Forderung des Gesetzes nach Alterssicherung des Berechtigten lässt sich nichts herleiten, da eine Alterssicherung des Verpflichteten durch die vereinbarte Leistung von vornherein ausscheidet, ohne dass deswegen auf eine Angemessenheit zu seinen Gunsten verzichtet werden müsste. Wenig einleuchtend erscheint vor allem, dass nur der Berechtigte davor geschützt werden soll, durch eine unangemessene Abweichung vom gesetzlichen Versorgungsausgleich u. U. der Sozialhilfe überantwortet zu werden und so die Allgemeinheit zu belasten, auch wenn diese Gefahr beim Verpflichteten geringer sein dürfte. Schliesslich liegt dem Gesetz auch das Ziel zugrunde, die materielle (Ausgleichs-) Gerechtigkeit im Scheidungsverfahren zu gewährleisten, um den Versorgungsausgleich nicht zum "Handelsobjekt" für die Scheidung werden zu lassen; denn es fordert den angemessenen Ausgleich auch dann, wenn die beiderseitige Altersversorgung auf jeden Fall gesichert ist. Es ist aber nicht einzusehen, warum die Einhaltung der materiellen Gerechtigkeit nur nach einer Richtung hin überprüft werden soll: Weder ist die Wahrscheinlichkeit einer unangemessenen Abweichung zu Lasten des Berechtigten grösser, noch wird dieser durch eine unangemessene Abweichung notwendig härter getroffen. Deutlich macht das z.B. der keineswegs seltene Fall, dass nur der eine Ehegatte Versorgungsanswartschaften besitzt und diese (fast) ausschliesslich aus der Ehezeit stammen. Hier muss auch der Verpflichtete vor übermässigem Versorgungsverzicht geschützt werden.

Im Einzelfall kann die Annahme eines angemessenen Ausgleichs nicht davon abhängen, ob der Wertunterschied im Ergebnis mindestens zu einem bestimmten Prozentsatz (etwa mehr als 90 %) ausgeglichen wird¹.

¹ So aber Ruland/Tiemann, Rdnr.574 für den Versorgungsausgleich gem. § 1587 b I und II

Zwar ist bei einem Ausgleich des Wertunterschiedes zu 90 %, also seiner Aufteilung im Verhältnis 55:45, die Angemessenheit zu bejahen, regelmässig wohl auch schon bei einem Ausgleich zu 85 %¹. Andererseits muss genügen, dass der Ausgleichsverzicht absolut gesehen gering ist. Das Gesetz hat kein Interesse daran, bei nahezu wertgleichen Versorgungen der Ehegatten den geringen Wertunterschied auf jeden Fall zu 80 oder 90 % zum Ausgleich zu bringen². Absolute Werte (in Wert-einheiten oder DM-Beträgen), auf die im Ergebnis verzichtet werden kann, lassen sich freilich nicht festlegen; dazu liegen die Versorgungsverhältnisse von Fall zu Fall zu unterschiedlich. Was als gering anzusehen ist, richtet sich nach der dem Verzichtenden nach dem Ausgleich zustehenden Versorgung. Inso- weit ist wohl ein Verzicht in Höhe von 5 % hinzuneh- men. Zu klären ist noch, wie die Einbeziehung der Unterhaltsregelung und der Vermögensauseinander- setzung zu verstehen ist. Der angemessene Ausgleich darf nicht etwa in ohnehin geschuldeten Unterhalts- oder Auseinandersetzungsleistungen ("weil auf diese auch weitgehend verzichtet werden könnte") bestehen

1 a.A. auch hier Ruland/Tiemann, Rdnr.574, die aber m. E. den Grundsatz der Parteiautonomie zu wenig beach- ten. Auch überzeugt ihre Unterscheidung zwischen § 1587 b I,II einerseits und § 1587 b III ander- seits nicht. Es besteht kein Grund dafür, in den Fällen des § 1587 b III grosszügiger zu sein. Wie Ruland selbst aufzeigt (NJW 1979,1822 f.,1823), wird durch die Dynamisierung (§ 1587 a IV i.V.m.III Nr.2) der nichtdynamischen betrieblichen Altersversorgung die Höhe der auszugleichenden Versorgungsanrechte so stark reduziert, dass unter Berücksichtigung der Anpassungspflicht gem. § 16 BetrAVG eher der Ehegat- te begünstigt ist, der betriebliche Altersversor- gungsanwartschaften auszugleichen hat. Vgl.dazu auch unten V.4.

2 Auch die Rechtsprechung ist bei Vereinbarungen, die diese Prozentsätze nicht erreichen, grosszügig; siehe unten II.1.b.aa.

Doch erscheint es unbedenklich, wenn 10 bis 20 % des ohnehin bestehenden Anspruchs auf den angemessenen Ausgleich angerechnet werden. Vereinbarungen finden ihre Grenze aber dort, wo einer der Ehegatten im Alter mit Sicherheit der öffentlichen Hand zur Last fallen würde. Angemessenheit des Ausgleichs darf nicht die Belange der Allgemeinheit derart vernachlässigen, dass neue Sozialhilfetatbestände geschaffen werden.

Die vorgeschlagene Lösung berücksichtigt die verschiedenen oben angesprochenen Gesetzeszwecke. Der gesetzliche Versorgungsausgleich muss nicht bis ins letzte ermittelt werden, wenn nur feststeht, dass die Vereinbarung nicht zu einer Abweichung über das bestimmte Mass hinausführt. Entsprechendes gilt für den Unterhalts- und Auseinandersetzungsanspruch. Damit ist auch der Verfahrensvereinfachung ausreichend gedient. Weitere Folgerungen aus der Verwendung des Wortes "offensichtlich"¹ sind demgegenüber nichtssagend.

bb. Eignung zur Alterssicherung

Das wirtschaftliche Ergebnis der Vereinbarung darf nicht zur Alterssicherung des Berechtigten offensichtlich ungeeignet sein. Das bedeutet nicht, dass die vereinbarte Leistung selbst Altersversorgung sein müsste. Nach einhelliger Meinung soll nur die Gefahr ausgeschlossen werden, dass der Berechtigte bei Erwerbsunfähigkeit oder Alter ohne laufende Einkünfte ist. Dafür spricht auch in gewisser Hinsicht,

¹ Ruland/Tiemann, Rdnr. 569; Erman/Ronke, § 1587 o Rdnr. 11; Strobel, MüKo, § 1587 o Anm. 24 mit weiteren Nachweisen (z.B.: "Die Erteilung der Genehmigung sei die Regel, ihre Versagung die Ausnahme")

dass Unterhaltsregelung und Vermögensauseinandersetzung einbezogen werden, was wenig sinnvoll wäre, wenn sie von vornherein nicht zur Alterssicherung geeignet sein könnten. Einzelfälle werden im Zusammenhang mit den verschiedenen Vereinbarungen behandelt.

Auf die Höhe der zur Alterssicherung geeigneten Leistungen kommt es nicht an¹, was sich schon daraus ergibt, dass auch der Versorgungsausgleich nicht notwendig eine Altersversorgung in ausreichender Höhe bewirkt. Eignung zur Alterssicherung kann vielmehr nur insoweit verlangt werden, wie der angemessene Ausgleich gem. oben aa. reicht. Sie muss auch insoweit verlangt werden (auch wenn es sich um einbezogene Unterhalts- und Auseinandersetzungsleistungen handelt), es sei denn, die Altersversorgung des Berechtigten ist anderweitig gesichert². Diese Einschränkung ist berechtigt, da es dem Gesetz offenbar nur auf das Ergebnis der Alterssicherung ankommt. Daraus ergibt sich auch, dass es genügt, wenn der Ausgleichsberechtigte durch eine eigene Versorgung zusammen mit einem Teil des Ausgleichswertes nach Art und Höhe ausreichend gesichert ist; der andere (angemessene) Ausgleichsteil braucht nicht zur Alterssicherung geeignet zu sein.

1 BT-Drucks. 7/4361 S.49; Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr. 421, Kniebes/Kniebes, DNotZ 1977, 269 ff., 292; Ruland/Tiemann, Rdnr.570; Strobel, MÜKo, § 1587 o Anm.26; Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1587 o Anm. III 3 b

2 Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr. 421; Strobel, MÜKo, § 1587 o Anm.27

II. Ausschluss und Teilausschluss des Versorgungsausgleichs

1. Ausschluss des Versorgungsausgleichs

a. Ausschluss mit sonstigem Ausgleich als Ersatz

Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs (die Übereinkunft darüber, dass die §§ 1587 ff. nicht zur Anwendung kommen sollen) zählt zu den Vereinbarungen über den Ausgleich von Anwartschaften oder Anrechten i.S. des § 1587 o I 1, weil er den Versorgungsausgleich (in der stärkstmöglichen Form) betrifft. § 1587 o II 4 ("vereinbarte Leistung") steht seiner Zulässigkeit nicht entgegen, da eine Gegenleistung auch vollständig ausserhalb des gesetzlichen Versorgungsausgleichs liegen kann¹. Dies folgt schon aus der Einbeziehung von Unterhaltsregelung und Vermögensauseinandersetzung in den Prüfungsrahmen des Familiengerichts. Es wäre sinnlos, hier in jedem Fall noch auf einem "Rest" Versorgungsausgleich zwischen den Ehegatten zu bestehen. Da es dem Gesetz darauf ankommt, dass im Ergebnis ("zu ... führt") ein angemessener Ausgleich unter den Ehegatten stattfindet und der Berechtigte eine geeignete Alterssicherung erlangt, kann die vereinbarte Leistung über Unterhalt und Vermögensauseinandersetzung hinausgehen; diese sind lediglich

¹ a.A. offenbar Reinartz, NJW 1977, 81,82, der damit aber praktisch allein steht. Vgl. nur Rohde, NJW 1977, 1763 f.; weitere Nachweise bei Ruland/Tiemann Rdnr.575 Fn.19

miteinzubeziehen. Die vereinbarte Leistung kann z.B. in der Übertragung eines - laufende Einnahmen sichernden - Grundstücks bestehen. Anstelle des Versorgungsausgleichs müssen auch nicht positive Leistungen erbracht werden. Es kann etwa genügen, wenn die vereinbarte Gegenleistung im Verzicht auf eine Unterhaltsberechtigung liegt. Die Gegenleistung für den Ausschluss hat hier ihrem Wert nach ungefähr dem ausgeschlossenen Versorgungsausgleich zu entsprechen.

Würde sich die Übertragung oder Begründung von Rentenanwartschaften in den gesetzlichen Rentenversicherungen voraussichtlich nicht zu Gunsten des Berechtigten auswirken oder wäre der Versorgungsausgleich in dieser Form nach den Umständen des Falles unwirtschaftlich (§ 1587 b IV), so rechtfertigt das keine Minderung der Gegenleistung. Dem Anliegen des Verpflichteten, z.B. nicht zu Gunsten eines erkrankten Berechtigten, der den Versorgungsfall mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht erleben wird, Anwartschaften aufgeben oder Einzahlungen vornehmen zu müssen, kann anderweitig Rechnung getragen werden. U.U. sind aber Abstriche bei der Eignung zur Alterssicherung zulässig.

b. Entschädigungsloser Ausschluss

aa. Grundsätzliche Zulässigkeit

Streitig ist, ob ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs auch ohne Gegenleistung des Verpflichteten vereinbart werden kann. Die verneinende Ansicht beruft sich auf § 1587 o II 4 ("vereinbarte Leistung")¹. Demgegenüber bleibt festzuhalten, dass

¹ Belchäus, MDR 1976, 793 ff., 801; Bergner, NJW 1977, 1748, 1753; Palandt/Diederichsen, § 1587 o Anm. 3 a; Keidel/Kuntze/Winkler, § 53 d Rdn. 10 mit Nachweisen in Fn. 2 (die aber nur teilweise zutreffen); Ruland/Tiemann, Rdnr. 575 mit weiteren Nachweisen in Fn. 20, der diese Ansicht zu Unrecht als unbestritten bezeichnet

es dem Gesetz nur auf das Ergebnis der Vereinbarung ankommen kann. Dieses wird nicht daraufhin überprüft, ob dem ausgeschlossenen Versorgungsausgleich genau eine Gegenleistung entspricht. Es bleibt also ein Spielraum, innerhalb dessen die Ehegatten das wirtschaftliche Ergebnis des Ausgleichs ändern können. Daraus ergibt sich, dass der Versorgungsausgleich entschädigungslos ausgeschlossen werden kann, wenn das Ergebnis innerhalb dieses Spielraumes liegt¹. Es erscheint wenig sinnvoll, auf einer Gegenleistung zu bestehen, wenn der vereinbarte "Nichtausgleich" ungefähr der Rechtslage entspricht. Daran ändert auch die Forderung des Gesetzes nach angemessenem Ausgleich und Eignung zur Alterssicherung nichts. Ein "angemessener Ausgleich" unter den Ehegatten kann durchaus in einem "Nichtausgleich" gesehen werden, und Alterssicherung steht unter dem Vorbehalt, dass überhaupt eine (nicht notwendig positive) Leistung vereinbart wird. Schliesslich bedeutet auch die Regelung des § 1408 II 2 keinesfalls, dass ab dem dort genannten Zeitpunkt ein entschädigungsloser Ausschluss des Versorgungsausgleichs ausscheidet². Denn der Inhalt der Vereinbarungs**befugnisse** in § 1408 II und § 1587 o überschneidet sich. Die Frist des § 1408 II 2 verfolgt nicht den Zweck, vorgegebene Vereinbarungs**befugnisse** voneinander abzugrenzen, sondern will die Vereinbarungen durch Ehevertrag von denjenigen trennen, die im Hinblick auf eine konkrete Scheidung getroffen werden und unter dem Korrektiv des § 1587 o II 4 stehen sollen.

1 Im Ergebnis ebenso AG Münster NJW 1978, 1592; AG Stuttgart NJW 1978, 893; Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr. 427 f.; Strobel, MüKo, § 1587 o Anm. 37; Voskuhl/Pappai/Niemeyer, S. 182 f.; wohl weitergehend von Maydell, FamRZ 1978, 749 ff., 753 f. (dazu siehe unten bb.). Auch die auf S. 128 Fn. 1 zitierten Autoren gelangen in anderem Zusammenhang teilweise zu ähnlichen Ergebnissen

2 So aber Palandt/Diederichsen, § 1587 o Anm. 3 a

bb. Fallgruppen

Eine erste Gruppe bilden die Fälle, in denen die Ehegatten während der Ehezeit ungefähr gleich hohe Versorgungsanwartschaften erworben haben. Steht fest, dass nur ein geringfügiger Ausgleich in Frage kommt, so braucht nicht mehr geklärt zu werden, zu wessen Gunsten er stattfinden würde. Nur in diesen Fällen lässt sich übrigens sinnvoll von einem "gegenseitigen Verzicht" sprechen.

Ebenso liegt es, wenn aus anderen Gründen von Gesetzes wegen nur ein geringfügiger Ausgleich stattfinden würde, vor allem wenn § 1587 c Nr.1 eingreift. Haben z.B. die Ehegatten in Gütertrennung gelebt und ihre Alterssicherung bewusst voneinander getrennt aufgebaut, hat der eine Ehegatte etwa während der Ehe Versorgungsanwartschaften, der andere ein Hausgrundstück von ungefähr gleich hohem (Versorgungs-) Wert erworben¹, so kann der Versorgungsausgleich entschädigungslos ausgeschlossen werden². Der Versorgungsausgleich braucht nicht schon nach § 1587 c ganz ausgeschlossen zu sein, da ja ein Verzicht in bestimmtem Umfang zulässig ist³.

1 Vgl. Maier, Versorgungsausgleich, § 1587 c Anm.2; ders., MüKo, § 1587 c Anm.13; Rolland, § 1587 c Rdnr.10

2 Vgl. von Maydell, FamRZ 1978, 749 ff., 753 f.

3 Wenig überzeugend daher Bergner, NJW 1977, 1748 ff. 1753. Wenn Meierkamp, Die Sozialgerichtsbarkeit 1978, 186 ff., 227 ff., 228 den Ausschluss für zulässig hält, falls ein Versorgungsausgleich wegen § 1587 c nicht in Betracht kommt, so ist die Vereinbarungsbefugnis damit gleich Null. Auch im Fall AG Kamen, FamRZ 1978, 122 f. entsprach der vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach Auffassung des Gerichts wegen § 1587 c Nr.1 der Gesetzeslage. Vgl. auch Friederici in Rahm, IV Rz. 347, der den Sinn der Vereinbarung darin sieht, Streitigkeiten um die Bewertung von Umständen, die zum Ausschluss führen, zu vermeiden; siehe dazu unten V.2.a.aa.

Zu beachten ist allerdings, dass auch in dem Erwerb von sehr geringfügigen Anwartschaften aufgrund eines Versorgungsausgleichs ein Vorteil liegen kann, dessen Verlust ein unangemessenes Ergebnis bedeuten würde. Das ist etwa der Fall, wenn der Berechtigte durch die Übertragung überhaupt erst bestimmte Wartezeiten erfüllt oder andere für ihn wichtige Rechte (z.B. Krankenversicherung der Rentner) erwirbt. Das Ergebnis ist freilich nicht deshalb unangemessen, weil der Rechtserwerb nur verzögert wird, voraussichtlich aber ohnehin stattfinden wird.

In einer zweiten Fallgruppe wollen die Ehegatten den Versorgungsausgleich ausschliessen, weil beide wirtschaftlich anderweitig gesichert sind, beide berufstätig waren und der Berechtigte an der Tätigkeit des anderen nicht mehr partizipieren will, die Ehe nur von kurzer Dauer war oder weil ein Versorgungsausgleich ihrem Eheverständnis vielleicht überhaupt widerspricht. Handelt es sich hier nicht um einen relativ geringfügigen Verzicht i.S. von oben I.3.b. (wie häufig bei kurzer Ehedauer) und liegen die Voraussetzungen des m.E. flexibel zu handhabenden¹ § 1587 c nicht (wenigstens teilweise) vor, so können alle diese Gesichtspunkte - auch zusammengekommen - den entschädigungslosen Ausschluss nicht rechtfertigen. Sie besagen nichts über die Angemessenheit des Ausgleichs: Die anderweitige wirtschaftliche Sicherung eines Ehegatten ist ebenso wie beim Versorgungsausgleich bei Vereinbarungen über ihn bis zur Grenze des § 1587 c nicht zu berücksichtigen.

¹ Schwab, FamRZ 1977, 768 ff., 770

Einmal ist sie schwierig zu beurteilen und kann sich eben doch als brüchig erweisen. Vor allem aber ist es der zwingende Grundgedanke des Versorgungsausgleichs, einen angemessenen Ausgleich entsprechend den Ausgleichsverhältnissen, nicht entsprechend den allgemeinen Vermögensverhältnissen herbeizuführen. Der Versorgungsausgleich soll nicht Handelsobjekt für nichtvermögensrechtliche Streitpunkte im Ehescheidungsverfahren werden können. Daher kann auch nicht eine "vermögensrechtliche Komponente" der Vereinbarung mit einem "weiteren Raum für eigenverantwortliche Regelung"¹ (gegenüber der "sozialrechtlichen Komponente") angenommen werden. Und wollte man den blossen Willen, keinen Versorgungsausgleich durchzuführen, genügen lassen, so wären Manipulationen zu Lasten der Allgemeinheit (Sozialhilfe) Tür und Tor geöffnet, insbesondere wenn der Berechtigte keine nennenswerten Vermögenswerte besitzt, die in der Ehe angesammelte Altersversorgung des Verpflichteten aber für beide Teile ausreicht. An dieser Wertung vermag eine kurze Ehedauer nichts zu ändern². Schliesslich unterliegen auch die Voraussetzungen des § 1587 c nicht der Vereinbarungsbezugnis der Ehegatten³. § 1587 o II 4 mit seinem oben aufgezeigten Zweck würde allzu sehr aufgeweicht werden, wenn die Grenzen des § 1587 c durch Vereinbarung verschoben werden könnten.

1 AG Stuttgart NJW 1978,893; zustimmend Palandt/Diederichsen, § 1587 o Anm.3 b

2 Gegenüber entsprechenden Formulierungen in der Literatur (z.B. Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr.427) ist daher Vorsicht geboten

3 Friederici in Rahm, IV Rz.347 (aufgrund der negativen Formulierung in Abs.2 dürften jedoch "keine allzu hohen Ansprüche und Masstäbe herangezogen bzw. gestellt werden"). Anders offenbar von Maydell FamRZ 1978, 749 ff., 754

Eine dritte Fallgruppe liegt vor, wo aus besonderen Gründen über einzelne Positionen des Versorgungsausgleichs Einigung erzielt wird und das praktisch zur Vereinbarung des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs führt. Hat etwa Ehegatte A 80 Werteinheiten aus der gesetzlichen Rentenversicherung und 40 umstrittene und nicht geklärte Werteinheiten der betrieblichen Altersversorgung, Ehegatte B 100 Werteinheiten der gesetzlichen Rentenversicherung auszugleichen, so würde durch einen gegenseitigen Verzicht ein - im Augenblick prozesstaktisch vielleicht ungünstiger - Prozess um die betriebliche Altersversorgung vermieden (vgl. § 53 c I FGG). Die Beurteilung der Zulässigkeit einer Ausschlussvereinbarung richtet sich hier allein nach den Grundsätzen, die für Vereinbarungen über ungeklärte Positionen gelten¹. Der Tatsache, dass das Ergebnis einer solchen Vereinbarung zum Ausschluss des Versorgungsausgleichs führt, kommt keine selbständige Bedeutung zu. Dasselbe gilt in anderen Fällen der Vereinbarung über einzelne Positionen, die zum Ausschluss des Versorgungsausgleichs führt.

Wird der Ausschluss des Versorgungsausgleichs von den Parteien als Bestätigung der Gesetzeslage aufgefasst, soll ihm also nur deklaratorischer Charakter zukommen, so ergeben sich ebenfalls keine Besonderheiten. Gehen etwa die Parteien übereinstimmend davon aus, dass die beiderseitigen Versorgungsansprüchen gleich hoch seien und deshalb kein Versorgungsausgleich stattfindet, so muss das Familiengericht dennoch prüfen, ob damit ein Ausschluss vereinbart wird, der über das zulässige Mass hinausgeht.

¹ Dazu siehe unten V.2.a.aa.

Nehmen die Parteien übereinstimmend an, dass eine der Voraussetzungen des § 1587 c gegeben sei und deshalb kein Versorgungsausgleich statfinde, so geht es in Wahrheit um die Frage, inwieweit sie sich auf das Vorliegen dieser Bestimmung einigen können.

2. Teilausschluss des Versorgungsausgleichs

Es steht ausser Zweifel, dass im Rahmen des § 1587 o der Teilausschluss des Versorgungsausgleichs vereinbart werden kann. Der Sinn des § 1587 o besteht geradezu darin, Modifikationen des gesetzlichen Versorgungsausgleichs in Teilbereichen und damit seinen Teilausschluss zuzulassen. Dementsprechend lassen sich die meisten Vereinbarungen, die keinen vollständigen Ausschluss darstellen, als Teilausschluss auffassen. Die in Betracht kommenden Gestaltungen werden im einzelnen unten III.ff. behandelt.

Die Notwendigkeit einer geeigneten Gegenleistung besteht beim Teilausschluss im Prinzip ebenso wie beim vollständigen Ausschluss: Ein Teilausschluss ist ohne Gegenleistung möglich, wenn er innerhalb des oben I.3.b. beschriebenen Rahmens liegt. Andernfalls wird eine (bis zur Grenze der Angemessenheit kompensierende) Gegenleistung notwendig. Massstab für die Angemessenheit der Gegenleistung ist auch hier der Vergleich von gesetzlichem Versorgungsausgleich und dem Ergebnis der Vereinbarung der Ehegatten. Der Umfang des Teilausschlusses spielt dafür keine Rolle.

III. Vereinbarungen über die Durchführungsform

1. Vereinbarung des Wertausgleichs durch Einzahlung statt Splitting und Quasisplitting

a. Ausgangsfälle

Ehegatte A hat während der Ehezeit Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von monatlich DM 200.-- und der betrieblichen Altersversorgung in Höhe von monatlich DM 100.--, Ehegatte B hat keine Anwartschaften erworben. Der Versorgungsausgleich wird vollzogen, indem das Familiengericht nach § 1587 b I Rentenanswartschaften in Höhe von DM 100.-- auf B überträgt (Splitting) und A den Betrag in die gesetzliche Rentenversicherung einahlt, der nötig ist, um für B Anwartschaften in Höhe von DM 50.-- zu begründen (§ 1587 b III). A und B vereinbaren demgegenüber, dass A gemäss § 1587 b III den zur Begründung von Anwartschaften in Höhe von monatlich DM 150.-- erforderlichen Betrag zu Gunsten von B einzahlen soll. Im zweiten Fall hat B zusätzlich Anwartschaften der betrieblichen Altersversorgung oder einer privaten Lebensversicherung in Höhe von DM 200.-- erworben. Statt eines Splittings in Höhe von DM 50.--¹ soll A einen entsprechenden Betrag zu Gunsten von B einzahlen.

b. Motive

Die Vereinbarung kommt vor allem in Frage, wenn beim Verpflichteten ausreichende Barmittel vorhanden sind. Sie erhält ihm die bestehende Altersversorgung in voller Höhe. Allerdings könnte er grundsätzlich mit demselben Aufwand, der ihm durch die

¹ Vgl. Ruland/Tiemann, Rdnr.456 Beispiel 18 d: a.A. Palandt/Diederichsen, § 1587 b Anm.2 b. Siehe näher unten c.

Fremdeinzahlung entsteht, auch sein eigenes Beitragskonto auffüllen (§§ 1304 a VI RVO, 83 a VI AVG, 96 a VI RKG, 58 BeamtVG, die auf die entsprechenden Bestimmungen verweisen). Die Fremdeinzahlung kann aber dann wesentlich günstiger als diese Nachzahlung sein, wenn beim Berechtigten die Voraussetzungen für eine Nachentrichtung von Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung nach Sondervorschriften gegeben sind. Nach Art. 2 §§ 28, 46, 52, 52a, 52b ArVNG, §§ 7, 8 des Gesetzes zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Sozialversicherung wird eine umfassende Nachentrichtungsmöglichkeit eingeräumt, wobei sich die Bewertung der nachentrichteten Beiträge nicht nach dem Jahr der Einzahlung, sondern nach dem Jahr richtet, für das die Nachentrichtung vorgenommen wird¹. Für Beamte kann sich ein finanzieller Vorteil aus unterschiedlichen nachträglichen Erhöhungen bei § 58 II 1, 2 BeamtVG einerseits und § 1304 b RVO andererseits ergeben. Die Fremdeinzahlung legt auch die Ehescheidung gegenüber dem eigenen Dienstherrn nicht offen. Insbesondere wenn Splitting oder Quasisplitting neben einer bestehenden Einzahlungspflicht nur geringfügig wären, kann der Sinn der Vereinbarung darin liegen, den Versorgungsausgleich einheitlich durchzuführen. Die Vereinbarung eröffnet auch die Möglichkeit, über § 1587 f Nr. 3, der auch bei einer auf Vereinbarung beruhenden Verpflichtung zur Einzahlung anwendbar ist, zum schuldrechtlichen Versorgungsausgleich zu gelangen. Schliesslich kann sie u.U. Zweifel über die gesetzliche Durchführungsform ausräumen.

¹ Vgl. Laudor, AnwBl. 1977, 392 f.; von Maydell, FamRZ 1978, 749 ff., 754 f. Das gilt nicht nur für die Einzahlung nach § 1587 I, auf den sich die Ausführungen von Laudor beziehen, sondern auch für § 1587 b III; vgl. auch unten F. II. 3. zur Unerheblichkeit der Person des Einzahlenden

c. Zulässigkeit

Versteht man die Vereinbarung als Ausschluss des Splitting (Quasisplitting) in Verbindung mit der Begründung einer Einzahlungspflicht in gleicher Höhe, so wirft zunächst der Ausschluss von Splitting und Quasisplitting keine Probleme auf. Zwar wollte der Rechtsausschuss eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung nicht zulassen, wenn geringere Anwartschaften als im Gesetz vorgesehen übertragen bzw. begründet werden sollen¹. Doch hat sich diese Auffassung nicht durchgesetzt (oben II.1.a.).

Die Möglichkeit einer Einzahlungsvereinbarung und die aus einer genehmigten Vereinbarung unmittelbar resultierende Einzahlungspflicht (ohne dass das Familiengericht diese noch auszupprechen hätte), ergibt sich aus den §§ 1304 b I 1 RVO, 53 e II FGG. Zum Teil wird die Einschränkung gemacht, die Begründung von Anwartschaften durch Beitragsentrichtung dürfe nicht zu einer besonderen Belastung der Solidargemeinschaft führen². Doch ist dieses Bedenken unbegründet. Dagegen spricht schon die weitgespannte Möglichkeit der freiwilligen Versicherung gem. § 1233 RVO. Die Höhe des einzuzahlenden Betrags beruht auf versicherungsmathematisch berechneten Durchschnittswerten, und die Vereinbarung führt auch für die Solidargemeinschaft zu demselben Ergebnis wie Splitting oder Quasisplitting mit einer

1 BT-Drucks. 7/4361 S.20

2 Bergner, NJW 1977, 1748 ff., 1755; dagegen, allerdings ohne Begründung, Ruland/Tiemann, Rdnr. 578, Fn. 28; keine Einschränkung auch bei Reinartz, DNotZ 1978, 267 ff., 289 und Plagemann, ZVersWiss 1977, 45 ff., 62 sowie Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr. 436

entsprechenden Nachzahlung des Verpflichteten auf sein eigenes Beitragskonto. Legitim erscheint aber auch die Ausnutzung einer gegebenen Nachentrichtungsmöglichkeit für vergangene Jahre. Freilich gilt die Schranke des § 1587 b III 1, 2. Halbsatz auch für Parteivereinbarungen. Die Versicherung eines bereits verwirklichten Risikos durch Einzahlung hat generell auszuscheiden. Die abweichende Rechtslage bei Splitting und Quasisplitting lässt sich als eng begrenzte Ausnahmeregelung nicht auf die vereinbarte Einzahlung übertragen.

Die zulässige Vereinbarung der Einzahlung ist auch grundsätzlich eine angemessene Gegenleistung (§ 1587 o II 4) für den Ausschluss von Splitting und Quasisplitting, weil der Berechtigte durch die Einzahlung die gleiche Position erwirbt. Allerdings besitzt die Vereinbarung selbst und die eventuell mit ihr verbundene Bereiterklärung (§ 1304 b I 3 RVO) diese Wirkung nicht. Vielmehr kommt es gem. § 1587 f Nr. 3 zum schuldrechtlichen Versorgungsausgleich, wenn die Einzahlung nicht erfolgt. Dieser Gesichtspunkt kann die Zulässigkeit der Vereinbarung dann nicht in Frage stellen, wenn der schuldrechtliche Versorgungsausgleich ohnehin vereinbart werden dürfte¹. Soweit dagegen die Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs der Prüfung gem. § 1587 o II 4 nicht standhalten würde, ist zu fragen, ob die Einzahlung voraussichtlich erfolgen wird. Das Familiengericht muss hier die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten überprüfen². Fraglich

1 Siehe dazu unten 4.

2 Udsching, NJW 1978, 289 ff., 292; Palandt/Diederichsen, § 1587 o Anm. 3 b, die allerdings nicht differenzieren

ist, ob nicht darüber hinaus die vereinbarte Einzahlung überhaupt sichergestellt sein muss, weil sonst eine Umgehungsmöglichkeit durch einverständliches Handeln der Parteien gegeben ist. Doch liegt der Sinn des § 1587 o II 4 nicht darin, den Berechtigten auf alle Fälle und ohne zeitliche Grenze zu sichern. Der Berechtigte kann seine Versorgung auch anderweit durch Aufgabe von zur Alterssicherung bestimmten Werten beeinträchtigen. Das Gesetz hat bewusst in Kauf genommen, dass er auf eine Vollstreckung seines Einzahlungsanspruchs nach § 1587 b III verzichtet. Ausserstenfalls muss der Einzahlungsanspruch von Dritten (Träger der Sozialhilfe) gepfändet und damit eine Belastung der öffentlichen Hand entsprechend dem Sinn des Versorgungsausgleichs vermieden werden; der Sozialhilfeträger kann dann die Einzahlung durch den Verpflichteten erzwingen.

Für die Angemessenheit der Gegenleistung bei Austausch der Durchführungsformen spricht m.E. auch die Verrechnungsvorschrift des § 1587 b III 3. Diese zeigt, dass alle in den Versorgungsausgleich einzustellenden Anrechte (die der betrieblichen Altersversorgung eventuell nach Umrechnung gem. § 1587 a III, IV) in ihrer Qualität gleich, unterschiedliche Durchführungsformen lediglich "technisch bedingt" sind. So werden etwa im zweiten Ausgangsfall ohnehin Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung gegen Anwartschaften der betrieblichen Altersversorgung in Höhe von DM 100.-- verrechnet. Dann leuchtet es aber kaum ein, eine solche Verrechnung in Höhe von DM 200.-- - mit der Folge der Einzahlungsverpflichtung seitens des A - zwingend auszuschliessen. Im zweiten Ausgangsfall ist sogar die gesetzliche Durchführungsform nicht unbestritten. Diederichsen will hier § 1587 b III anwenden¹.

1 Palandt/Diederichsen, § 1587 b Anm.2 b Mitte

Er übersieht damit zwar, dass zunächst gemäss § 1587 b III 1 der Wertunterschied zu ermitteln und der Ausgleichsbetrag dann erst mit den anderen Ausgleichsarten gemäss § 1587 b III 3 zu verrechnen ist. Doch zeigt auch das die prinzipielle Gleichwertigkeit und Austauschbarkeit der Ausgleichsformen. Einer Klärung durch Vereinbarung in dem einen wie in dem anderen Sinne dürfte jedenfalls nichts im Wege stehen.

2. Vereinbarung von Splitting und Quasisplitting anstatt eines Wertausgleichs durch Einzahlung

a. Ausgangsfälle

Ehegatte A hat Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von DM 300.-- und der betrieblichen Altersversorgung in Höhe von DM 100.--, Ehegatte B keine Anwartschaften auszugleichen. Der Versorgungsausgleich würde entsprechend dem ersten Ausgangsfall oben 1.a. teils nach § 1587 b I, teils nach § 1587 b III durchgeführt. A und B vereinbaren demgegenüber, dass Anwartschaften in Höhe von DM 200.-- gemäss § 1587 b I auf B übertragen werden sollen (sog. "Supersplitting")¹. Im zweiten Ausgangsfall hat auch B Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung (Beamtenversorgung) in Höhe von DM 300.-- oder DM 320.-- auszugleichen; der Versorgungsausgleich wäre also allein durch Einzahlung gem. § 1587 b III durchzuführen. A und B vereinbaren, dass stattdessen Anwartschaften in Höhe von 50.-- (40.--) DM gem. § 1587 b I auf B übertragen werden sollen.

¹ Vgl. AG Ulm NJW 1978, 2037 f. und zuletzt OLG Hamm NJW 1980, 405 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung

b. Motive

Der Sinn solcher Vereinbarungen liegt auf der Hand: Die Einzahlung belastet finanziell ausserordentlich stark. So muss im Jahre 1980 zur Begründung einer Rentenanwartschaft in Höhe von DM 100.-- ein Betrag von DM 17.246.19 aufgewendet werden¹. Das ist vielfach nicht möglich. Der subsidiäre schuldrechtliche Versorgungsausgleich (§ 1587 f Nr.3) kann für den Berechtigten sehr nachteilhaft sein². Für den Verpflichteten bringt er gegenüber dem Splitting oder dem Quasisplitting oft keine Vorteile, vor allem, wenn beide Ehegatten kurz vor dem Rentenalter (bzw. Erwerbsunfähigkeit) stehen oder wenn der Verpflichtete bereits eine Rente bezieht, weil er dann durch die §§ 1304 a IV 2 RVO, 57 I 2 BeamtVG ähnlich geschützt wird wie durch § 1587 g I 2.

Die Vereinbarung ermöglicht demgegenüber, den Versorgungsausgleich ohne Einzahlung oder spätere Ausgleichsrente schnell und endgültig abzuwickeln. Eine Vollstreckung durch den Berechtigten und weitere Verfahren nach § 1587 d werden vermieden. Es dürfte auch häufigem Rechtsempfinden entgegenkommen, dass der Verpflichtete ohne Rücksicht auf die Art seiner Anwartschaften "von dem abgibt, was er hat" und der Berechtigte erhalten soll, nämlich Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung. Der Verlust dieser Anwartschaften kann auch später noch durch Kapitalzahlungen ganz oder teilweise ausgeglichen werden (insbesondere § 1304 a VI i.V.m. §§ 1233 Abs.2, 2a, 1304 b I 3 RVO). Hierin liegt gegenüber der Fremdeinzahlung vor allem steuerrechtlich ein Vorteil.

¹ Vgl. die Tabelle bei Bergner, NJW 1980, 25 ff., 29 und Palandt/Diederichsen, Anhang I zu § 1587 b

² Siehe dazu unten 4.

Während diese nach h.M.¹ weder unter Werbungskosten (§ 9 EStG), noch Sonderausgaben (§ 10 I Nr.2 EStG) oder aussergewöhnliche Belastungen (§ 33 I EStG) fällt, wird die Selbsteinzahlung zu den Werbungskosten gerechnet². Schliesslich kann ein Ausgleich der verbrengegangenen Anwartschaften bei der Beamtenversorgung auch ohne Kapitaleinzahlung (§ 58 BeamtenVG) dadurch eintreten, dass der Beamte eine Dienstzeit von mehr als 35 Jahren erreicht, weil ohne das Quasisplitting dann der Höchstsatz des § 14 BeamtenVG erreicht wäre. In diesem Fall wäre die Fremdeinzahlung unvorteilhaft.

c. Zulässigkeit

Die Vereinbarung von Splitting und Quasisplitting könnte an § 1587 o I 2 scheitern. Danach können durch die Vereinbarung Anwartschaftsrechte in einer gesetzlichen Rentenversicherung nach § 1587 b Abs.1 oder 2 nicht begründet oder übertragen werden. Das Verständnis dieser Vorschrift ist kontrovers. Eine Meinung, die als Verfügungsverbotstheorie bezeichnet werden kann, sieht in ihr nur den Ausschluss einer

1 Vgl. Glade, Betrieb 1980, 946 ff., 947 und Biergans, Betrieb 1979, 955 ff., 958 f. jeweils mit Nachweisen. Sollte sich hier die Mindermeinung von Glade (S.947) und Biergans, a.a.O. durchsetzen, die in erster Linie für Werbungskosten plädieren, so bleiben sich Fremdeinzahlung und Selbsteinzahlung allerdings gleich

2 Nachweise bei Glade, a.a.O., S. 947 Fn.14; Labus, BB 1977, 1041 ff., 1043 bei Fn.2

unmittelbaren Veränderung der Rentenanwartschaft durch Vereinbarung¹. Die Ehegatten sollen nicht selbst mit bindender Wirkung gegenüber den Trägern von Rentenversicherung und Versorgungslast Anwartschaften übertragen oder begründen können. Demnach wäre die in Rede stehende Änderung der Ausgleichsform zulässig, weil die Übertragung oder Begründung von Rentenanwartschaften auch hier nach § 1587 b I, II (durch eine die Parteivereinbarung vollziehende Entscheidung des Familiengerichts) geschieht. Die als Verpflichtungsverbotstheorie zu bezeichnende Gegenmeinung hält darüber hinaus Vereinbarungen für unzulässig, die darauf gerichtet sind oder auch nur zum Ergebnis haben, dass eine Übertragung oder Begründung ohne die Voraussetzungen des § 1587 b I, II stattfindet². Sie führt zur Unzulässigkeit der Vereinbarung.

1 OLG Frankfurt NJW 1979, 1833 f.; AG Mosbach FamRZ 1977, 810 ff., 812 f.; AG Ulm NJW 1978, 2037 f.; AG Hamburg NJW 1978, 2511 f.; AG Düsseldorf FamRZ 1979, 148 f. unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung; implizit auch von Maydell, FamRZ 1978, 749 ff., 754; ausführlich Schmeiduch, FamRZ 1979 762 ff.; Strobel, MüKo, § 1587 o Anm. 12 und Ergänzung daselbst; Bastian/Schmeiduch, § 1587 o Anm. 6; Göppinger, Vereinbarungen, RdNr. 409, 431, 434 f.; Voskuhl/Pappai/Niemeyer, S. 88 f.; wohl auch Schwab, Handbuch, RdNr. 684 (siehe aber unten S. 146 Fn. 2); offengelassen von Plagemann, ZVersWiss 1977, 45 ff., 60 f.; unklar Ambrock, § 1587 o Anm. I (S. 342 f.). AG Hamburg NJW 1978, 2511 f. und AG Hamburg FamRZ 1979, 52 f. kommen schon gem. § 1587 b IV zu einem Ausgleich der betrieblichen Altersversorgung durch zusätzliche Übertragungsbestehen der Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung: Bei Ehegatten, die bereits kurz vor Erreichen der Altersgrenze stehen und bei denen die an sich eingreifende Einzahlung aus wirtschaftlichen Gründen nicht möglich ist, brächte der subsidiäre schuldrechtliche Versorgungsausgleich zu grosse Nachteile mit sich

2 OLG Stuttgart FamRZ 1979, 837 ff.; OLG Hamm NJW 1980, 405; wohl auch AG Gross-Gerau NJW 1977, 2166 f.; dagegen betrifft OLG Köln FamRZ 1979, 935 ff. einen Fall der Erhöhung des Versorgungsausgleichs insgesamt, nicht bloss der Änderung der Durchführung Form; dazu siehe unten IV. 1. und 2. Gegen jede Erhöhung von Splitting und Quasisplitting auch die Stellungnahme des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger, FamRZ 1979, 761 f., insbes. 762 unter 4; wohl auch Rolland, § 1587 o RdNr. 22 f. (vgl. aber RdNr. 20); weitere Fundstellen unten S. 145 Fn. 1

Der Wortlaut des § 1587 o I 2 spricht m.E. für die engere Auslegung (blosses Verfügungsverbot)¹. "Durch die Vereinbarung" bedeutet nach juristischem Sprachgebrauch gemeinhin, dass die Vereinbarung eine bestimmte unmittelbare Wirkung besitzt (vgl. etwa die §§ 398 S.1, 433 I 1, 1408 I, 1415, 2286, 2290 I 1 u.v.a.). Der Gesetzgeber hätte angesichts des geltenden Abstraktionsprinzips jedenfalls klar bestimmen können, die gerichtliche Entscheidung nach § 1587 b I oder II dürfe nicht auf einer Parteivereinbarung beruhen.

Die Entstehungsgeschichte gibt keinen endgültigen Aufschluss. Die Vereinbarungsbefugnis der Parteien war im Gesetzgebungsverfahren bis zuletzt umstritten. § 1587 o bedeutete einen Kompromiss, ohne dass eine eindeutige Grenzlinie gefunden wurde. Im Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts hatte die entsprechende Bestimmung (§ 1587 r I 2) gelautet: "Durch eine Vereinbarung kann ein Ehegatte jedoch keine Anwartschaftsrechte der gesetzlichen Rentenversicherung auf den anderen Ehegatten übertragen"². Obwohl hier die engere Auslegung noch näherliegt, wurde in der Begründung ganz im Sinne der Gegenmeinung ausgeführt:

"Vereinbarungen über die Höhe des Splitting und der fiktiven Nachversicherung sind jedoch nicht zulässig. Über seine öffentlich-rechtlichen Versorgungsanswartschaften konnte der Versicherte bzw. Beamte bisher nicht frei verfügen. Diese Befugnis soll ihm aus

1 Ebenso AG Gross-Gerau NJW 1977, 2166 f.

2 BT-Drucks. 7/650 S.16

sozialpolitischen Gründen auch künftig nicht zustehen. Eine Vereinbarung kann sich also nur darauf erstrecken, dass der Berechtigte auf die Übertragung von Anwartschaften oder die fiktive Nachversicherung verzichtet, oder dass und in welcher Höhe der schuldrechtliche Versorgungsausgleich eintreten soll. Ferner kann vereinbart werden, dass und in welcher Höhe der Verpflichtete Beiträge in die gesetzliche Rentenversicherung nachzuentrichten hat."

Immerhin hat der Gesetzgeber mit der endgültigen Fassung des § 1587 nach eigenem Bekunden einen Kompromiss zwischen der - dieser Begründung entsprechenden - vom Rechtsausschuss und in erster Lesung auch vom Bundestag beschlossenen Fassung und den Forderungen nach weitergehendem Vereinbarungsraum angestrebt². Dann kann § 1587 o I 2 aber nicht mehr im Sinne der wiedergegebenen Begründung ausgelegt werden.

Entscheidend sind Sinn und Zweck des Gesetzes. Hier spricht zunächst das praktische Bedürfnis (oben b.) für die Zulässigkeit der Vereinbarungen. Es mag eingewandt werden, § 1587 o I 2 sei in dieser Auslegung überflüssig: Die Parteien besäßen ohnehin keine Verfügungsmacht über die Rentenanwartschaften, so dass schon deshalb eine unmittelbare Gestaltung entsprechend § 1587 b I, II ausscheide³. Das Gesetz

1 BT-Drucks. 7/650 S. 171

2 Vgl. Strobel, MüKo, § 1587 o Anm. 3 f.

3 Vgl. auch Stein/Jonas/Münzberg, § 794 Anm. II 1 c a.E.

wolle aber im Zweifel nichts Selbstverständliches regeln. Demgegenüber erscheint eine Klarstellung, dass die rechtsgestaltende Wirkung durch Vereinbarung und Genehmigung nicht ersetzt wird, durchaus sinnvoll, wenn nach § 53 d S.1 FGG eine Entscheidung insoweit entfällt, als das Familiengericht eine geschlossene Vereinbarung genehmigt hat. Ein weiteres Argument könnte in § 1587 b IV letzter Halbsatz gesehen werden: Wenn § 1587 o I 2 schon bei der Ausgleichsregelung durch das Familiengericht in den Fällen des unvorteilhaften und unwirtschaftlichen Versorgungsausgleichs entsprechend anzuwenden sei, so müsse das Familiengericht generell an das Verbot eines Vorgehens nach § 1587 b Abs.1 und 2 ausserhalb von deren Voraussetzungen gebunden sein. Doch kann die entsprechende Anwendung durchaus bedeuten, dass das Familiengericht nicht von sich aus oder auf Antrag nur einer Partei § 1587 b I,II anwenden darf, weil das Gesetz hierfür das Einverständnis beider Eheleute verlangen will.

Gegen die Zulässigkeit der Verrechnung von Splitting und Quasisplitting wird geltend gemacht, es bestehe die Gefahr von Manipulationen, wenn die Ehegatten über ihre Anwartschaften auch nur mittels des Familiengerichts verfügen könnten¹. Konkret werden Manipulationen vor allem im Bericht des Rechtsausschusses angesprochen:

¹ Ausser der auf S.142 Fn.2 zitierten Rechtsprechung Bergner, NJW 1977, 1748 ff., 1754 unter 3; ders., DRV 1977, 1 ff., 41 unter 2; Palandt/Diederichsen, § 1587 o Anm.3 a (anders aber wohl Diederichsen, NJW 1977, 217 ff., 223 für § 14o8 II); Maier, Versorgungsausgleich, § 1587 o Anm.2 (S.16o); Ruland/Tiemann, Rdnr.576 f.; unklar Plagemann, BB 1977, 1255 ff., 1258; im Ergebnis derselben Meinung auch Gernhuber, S. 373 f.

"Beispielsweise wäre es möglich, gerade nur so viel Anwartschaftsrechte auf den Berechtigten zu übertragen, dass er Anspruch auf Rehabilitationsmassnahmen und auf die kostenlose Rentnerkrankenversicherung erhält. Dadurch würde die Solidargemeinschaft der Versicherten in unverhältnismässiger Weise belastet ..."¹

Dieses Argument betrifft freilich nicht den vereinbarten Wechsel der Ausgleichsformen. Die Teilhabe des Berechtigten an der gesetzlichen Rentenversicherung und die Zuständigkeit des Versicherungsträgers (vgl. § 1304 c I, II RVO) liegt im Wesen des Versorgungsausgleichs, nicht in einer bestimmten Ausgleichsform begründet². Die Belastung der Solidargemeinschaft des Berechtigten würde bei dem gesetzlich vorgesehenen Versorgungsausgleich in derselben Weise eintreten, da für sie zwischen Bareinzahlung und Anwartschaftsverrechnung praktisch kein Unterschied besteht³. Dass die Einzahlung in die gesetzliche Rentenversicherung entfällt, kann weder als Belastung noch als Begünstigung der Solidargemeinschaft angesehen werden⁴. Schwerer wiegt das Argument, die versicherten Risiken könnten erheblich verändert werden, indem der kranke Verpflichtete, der ohnehin keine Rente zu erwarten habe, möglichst

1 BT-Drucks. 7/4361 S.48

2 Deshalb überzeugt gerade die Auffassung von Schwab nicht, der einerseits der engen Auslegung von § 1587 o I 2 zuneigt (Handbuch Rdnr.684), andererseits aber den vereinbarten Wechsel von § 1587 b III zu Splitting oder Quasisplitting nicht für zulässig hält (a.a.O. Rdnr.685)

3 Vgl. OLG Frankfurt NJW 1979, 1833 f., 1834

4 Siehe auch oben 1.c. und den dortigen Hinweis auf Bergner, NJW 1977, 1748 ff., 1755 auf S.136 Fn.2, der gerade umgekehrt die Einzahlung als nicht kostendeckend für problematisch hält

hohe Anwartschaften auf den gesunden Berechtigten übertragen lasse¹. Auch sind Fallgestaltungen möglich, bei denen die Vereinbarung dazu führt, dass aus den Anwartschaften des Verpflichteten nacheinander zwei Renten zu gewähren sind: wenn der Verpflichtete bereits eine Rente bezieht und der Berechtigte sehr viel jünger ist (weil die Rente nach §§ 13o4 a IV 2,3 RVO, 83 a IV 2,3 AFG trotz Splitting nicht gekürzt wird), und wenn der Verpflichtete bereits ein hohes Lebensalter erreicht und schon längere Zeit Rente bezogen hat, während der Berechtigte vor dem Eintritt ins Rentenalter steht. Auch in diesen Fällen scheidet zwar eine besondere Belastung der Solidargemeinschaft des Berechtigten aus den genannten Gründen aus. Eine Belastung der Solidargemeinschaft des Verpflichteten liegt aber darin, dass ein für sie günstiges Risiko² zum vollen Nennwert der Anwartschaft (durch Umbuchung) abgegeben wird oder trotz der Abgabe zum Nennwert eine ungekürzte³ Rente zu zahlen ist und die an sich mögliche Nachzahlung, die die Versicherungsverhältnisse nach dem gesetzlichen Versorgungsausgleich herstellen würde, unterbleibt⁴.

Besondere Konstellationen rechtfertigen aber nicht das gänzliche Verbot der in Frage stehenden Vereinbarung. Vielmehr reicht die Anwendung des § 138 im

1 OLG Stuttgart FamRZ 1979, 837 ff., 839

2 Der Verpflichtete wird voraussichtlich keine oder nur noch kurzfristig Rente erhalten

3 Wegen §§ 13o4 a IV 2,3 RVO, 83 a IV 2,3 AVG

4 Nicht ganz zutreffend daher Schmeiduch, FamRZ 1979, 762 ff., 763 f., der allein auf die Übertragung des Deckungskapitals abstellt

Einzelfall aus. Eine sittenwidrige Vereinbarung darf vom Familiengericht nicht genehmigt werden¹. Freilich ist bei der Annahme von Sittenwidrigkeit wegen übermässiger Belastung der Solidargemeinschaft Zurückhaltung geboten, da die Prognose - abgesehen von einzelnen eindeutigen Fällen - häufig unsicher ist² und das Gesetz selbst keine entsprechende Rücksicht auf die Solidargemeinschaft nimmt, vielmehr durch Vorschriften wie die §§ 1587 b III 1, 2. Halbsatz, 1587 b IV und 1304 a IV 2 RVO den Versorgungsausgleich in der einen und anderen Form begünstigt. Die Vereinbarung stellt auch nicht einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter dar, weil dieselbe Rechtsfolge auf anderem Wege herbeigeführt werden könnte³. Schliesslich ist auch § 1587 b III 1, 2. Halbsatz nicht betroffen. Splitting und Quasisplitting sollen statt der Einzahlung zum Zuge kommen, also gerade nicht in den Fällen des § 1587 b III 1, 2. Halbsatz.

Der Verbotszweck des § 1587 o I 2 berührt also nicht das Ergebnis Splitting oder Quasisplitting⁴ als solches, sondern nur - mit Blick auf besondere Fälle - die unmittelbare Gestaltung durch die Eheleute.

1 Ist dies dennoch geschehen, so wird ein vom Familiengericht durchgeführtes Splitting oder Quasisplitting nicht von der Sittenwidrigkeit erfasst und bleibt rechtswirksam

2 Dagegen will OLG Köln FamRZ 1979, 935 ff., 937 (ähnlich Stellungnahme des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger, FamRZ 1979, 761 f. unter 2) die Unsicherheit der Prognose gerade als Argument gegen die Zulässigkeit der Vereinbarung verwenden. Doch gleichen sich nicht vorhersehbare Risiken insgesamt aus. Von Manipulationen lässt sich hier kaum sprechen

3 Vgl. Schmeiduch, FamRZ 1979, 762 ff., 764 gegen Bürgle, FamRZ 1978, 388 ff., 390 Fn. 21

4 Zu dessen Durchführung aufgrund Vereinbarung siehe Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr. 431

Daher kann der Einwand der Gesetzesumgehung¹ gegenüber der "Verpflichtungsverbotstheorie" nicht durchgreifen. Einerseits stärkt die Entscheidungspflicht des Gerichts nach § 1587 b I, II seine Kontrollfunktion, andererseits werden die Versicherungsträger nur aufgrund von gerichtlichen Entscheidungen tätig.

Die Vereinbarung von Splitting und Quasisplitting stellt auch eine angemessene Gegenleistung (§ 1587 o II 4) für den Ausschluss des Wertausgleichs durch Einzahlung dar. Fraglich ist, ob der Wegfall des Risikos eines schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs für den Berechtigten einen besonderen Abschlag bei Splitting und Quasisplitting erlaubt. M.E. ist ein Abschlag unzulässig, da das Gesetz von der Gleichwertigkeit der beiden Ausgleichsformen ausgeht.

3. Die gegenseitige Ersetzung von Splitting und Quasisplitting

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass auch die Durchführungsformen Splitting und Quasisplitting austauschbar sind. Im Zusammenhang mit betrieblicher Altersversorgung stellt sich die Frage nach einer Vereinbarung, wenn unverfallbare betriebliche Altersversorgung als Abzugsposten gegenüber gesetzlicher Rentenversicherung und Beamtenversorgung steht. Hat z.B. der Verpflichtete Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung und der Beamtenversorgung über je DM 100.--, der Berechtigte DM 150.- an unverfallbarer betrieblicher Altersversorgung auszugleichen, so muss nach § 1587 b III 3 eine

¹ Erhoben von OLG Köln FamRZ 1979, 935 ff., 937; Bergner, NJW 1977, 1748 ff., 1754

Verrechnung stattfinden. Diese Bestimmung sagt nichts darüber, in welcher Reihenfolge Splitting und Quasisplitting einzubeziehen sind. Ruland/Tiemann¹ gehen von einer vorrangigen Verrechnung mit der Beamtenversorgung aus. Demgegenüber legt es der Wortlaut des Gesetzes nahe, zunächst mit den zu übertragenden Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung zu verrechnen, mit der Folge, dass eine fiktive Nachversicherung in Höhe von DM 25.-- übrig bleibt. Hier erscheint eine Klarstellung durch Vereinbarung in dem einen oder anderen Sinne angebracht.

4. Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs anstatt eines Wertausgleichs durch Einzahlung

a. Ausgangsfälle

Ehegatte A hat Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung und der unverfallbaren betrieblichen Altersversorgung in Höhe von DM 200.-- bzw. 100.--, Ehegatte B keine Anwartschaften auszugleichen. Vereinbarungsgemäss sollen nur die Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung "öffentlich-rechtlich", die anderen "schuldrechtlich" (u.U. verbunden mit einem Ausschluss des Abfindungsanspruchs aus § 1587 1²) ausgeglichen werden. Im 2. Ausgangsfall hat A Anwartschaften der Beamtenversorgung und der unverfall-

1 Rdnr. 456 Beispiel n

2 Dazu und zu weiteren "Anschlussvereinbarungen" siehe Göppinger, Rdnr. 437 und unten IX.1.b.

baren betrieblichen Altersversorgung in Höhe von je DM 100.--, B Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von DM 100.-- auszugleichen.

b. Motive

Wie oben 2. ist Sinn der Vereinbarungen, die Einzahlungspflicht auszuschliessen. Die Ausgleichsrente ist nach § 1587 g direkt auf den Versorgungsfall bezogen und damit elastischer als die Einzahlung. Daher lässt sich einmal etwaigen in der betrieblichen Altersversorgung liegenden Risiken Rechnung tragen, sei es, dass der Anspruch auf sie überhaupt zweifelhaft ist¹. Eine Klärung dieser Fragen während des Ausgleichsverfahrens ist durchaus nicht immer sinnvoll. Die Einzahlung würde hier einen unter Umständen gar nicht vorhandenen oder nicht entsprechenden Wert meist endgültig² ausgleichen. Die blosserückstellung der Anwartschaft für den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich ohne besondere Vereinbarung könnte dagegen bedeuten, dass ein späterer Ausgleich ausscheidet, weil sich herausstellt, dass die betriebliche Altersversorgung doch schon verfallbar gewesen ist. Zum anderen kann schon, ohne dass die Grenze des § 1587 b IV bereits erreicht wäre, abzusehen sein, dass der schuldrechtliche Versorgungsausgleich dem Berechtigten gegenüber der Einzahlung keine grösseren Nachteile bringt, andererseits dem Verpflichteten besondere Vorteile entstehen, für die er u.U. zusätzliche Ausgleichs- oder Überbrückungsleistungen zu erbringen bereit ist.

1 Vgl. auch oben B.V.2.

2 Vgl. nur Maier/Herrmann, NJW 1980, 11 ff.

Der Berechtigte ist z.B. schon sehr alt, ohne dass ein Altersruhegeld für ihn bindend festgestellt wäre¹, der Verpflichtete steht mit noch relativ langer Lebenserwartung erst kurz vor dem Rentenalter. Oder beide Ehegatten sind zwar jünger, der Berechtigte wird aber voraussichtlich den Rentenfall nicht erleben. Die Einzahlung kann für die Ehegatten auch im Hinblick darauf unzweckmässig sein, dass der Berechtigte nach den §§ 1248 VI RVO, 25 VI AVG eine spätere Altersgrenze für sich bestimmen will.

War der Ausgleichspflichtige Beamter, so ist die Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs anstatt des Quasi-Splittings wegen des Unterhaltsbeitrags für die frühere Ehefrau nach § 22 II, III BeamtVG nützlich². Dasselbe gilt aber auch bei der Konstellation des zweiten Ausgangsfalles für die Einzahlung.

c. Zulässigkeit

Die grundsätzliche Möglichkeit, den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich zu vereinbaren, folgt schon aus § 1587 f Nr.5. Von der Sicht der gesetzlichen Rentenversicherung aus handelt es sich lediglich um einen Ausschluss des Wertausgleichs. Daher bedeutet es auch nicht etwa eine unzulässige Manipulation der Ehegatten, wenn diese für sie unvorteilhafte, und damit für die Solidargemeinschaft vorteilhafte Einzahlungen (bei aus deren Sicht "guten Risiken") vermeiden. Auch das Gesetz selbst nimmt ja mit § 1587 b IV keine Rücksicht auf die Versicherten-gemeinschaft. Vor allem haben es die Beteiligten

1 Ansonsten greift nach § 1587 b III 1,2.Halbsatz ohnehin der schuldrechtliche Versorgungsausgleich ein; vgl.Maier, MÜKo, § 1587 b Anm.32

2 Reinartz, DNotZ 1978, 267 ff.,289. Nicht ganz zweifelsfrei erscheint freilich, ob sich § 22 BeamtVG auch auf den vereinbarten schuldrechtlichen Versorgungsausgleich bezieht

ohnehin in der Hand, über § 1587 f Nr.3 zum schuldrechtlichen Versorgungsausgleich zu gelangen, da die gesetzliche Rentenversicherung keine Vollstreckungsmöglichkeit besitzt.

Die Zulässigkeit der Vereinbarung richtet sich auch hier im Einzelfall nach § 1587 o II 4. Dabei sind die Eignung zur Alterssicherung und der angemessene Ausgleich unter den Ehegatten nicht allein deshalb zu bejahen, weil das Gesetz selbst in § 1587 f auch unverfallbare Anwartschaften der betrieblichen Altersversorgung und Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung schuldrechtlich ausgleicht. Denn in diesen Sonderfällen rechtfertigt sich der schuldrechtliche Versorgungsausgleich aus anderen Erwägungen und ist insgesamt keine nennenswerte Beeinträchtigung des Ausgleichszwecks mit ihm verbunden. Auch die Freiheit der Parteien, über § 1587 f Nr.3 zum schuldrechtlichen Versorgungsausgleich zu gelangen, legt kein anderes Ergebnis nahe: Das Genehmigungsverfahren bezweckt, jedenfalls die vorschnelle Schlechterstellung des Berechtigten auszuschliessen. Massgebend ist demnach der konkrete Vergleich von gesetzlich vorgesehenem Versorgungsausgleich und schuldrechtlichem Versorgungsausgleich und die Frage, ob dieser den Berechtigten unangemessen benachteiligt¹. Dabei lassen sich zwei Prüfungsebenen unterscheiden: die Grössenordnung etwaiger Nachteile und die Wahrscheinlichkeit ihrer Realisierung.

Der schuldrechtliche Versorgungsausgleich ist für den Berechtigten gegenüber der Einzahlung in die

¹ Die blosse Feststellung, der schuldrechtliche Versorgungsausgleich sei für sich allein grundsätzlich geeignet (so u.a. Reinartz, DNotZ 1978, 267 ff., 289) oder nicht geeignet (so u.a. Meierkamp, Die Sozialgerichtsbarkeit 1978, 186 ff., 227 ff., 228), vermag daher nicht zu befriedigen

gesetzliche Rentenversicherung vor allem wegen § 1587 g von Nachteil¹. Der Berechtigte erwirbt keine eigenständige Versorgung. Sein Anspruch auf Ausgleichsrente hängt bezüglich Entstehung, Höhe und Fortbestand² von der Versorgung des Ausgleichspflichtigen ab, so dass er nach Eintritt des Versorgungsfalles u.U. (zeitweise) keine Versorgung erhält. Auch kann die Erfüllung von Wartezeiten vereitelt werden (vgl. § 1304 a V RVO). Im Einzelfall ist, insbesondere aufgrund der Alters- und bisherigen Versorgungsverhältnisse, der "Maximalverlust" zu ermitteln. Betrifft die Vereinbarung sehr hohe Anwartschaften (d.h. ca. 1/4 einer durchschnittlichen Altersversorgung) und werden nicht zusätzliche Ausgleichsleistungen, etwa eine vorzeitige Ausgleichsrente zur Überbrückung, vereinbart, kommt wohl meist keine Genehmigung in Betracht.

Gegen die Vereinbarung bestehen um so weniger Bedenken, je unwahrscheinlicher die Realisierung der möglichen Nachteile ist. Das Risiko kann für den Berechtigten aus verschiedenen Gründen gering sein, z.B. weil nach § 1587 f Nr.3 voraussichtlich ohnehin der schuldrechtliche Versorgungsausgleich zum Zuge kommen wird, die (vollständige) Einzahlung vom Verpflichteten nicht zu erlangen sein wird³. Ebenso lässt sich in den Fällen der Unsicherheit der betrieblichen Altersversorgung und der eventuellen

1 Dazu Strobel, MüKo, § 1587 o Anm.10 und eingehend Ruland/Tiemann, Rdnr.617 ff.

2 Nach h.M. entfällt der Anspruch auch beim Tod des Verpflichteten; § 1587 e IV kann nicht entsprechend angewendet werden (vgl. Ruland, NJW 1976, 1713 ff. 1720; Maier, MüKo, § 1587 k Anm.8; Göppinger, Rdnr. 388 a.E. m.w.N.)

3 Die Vereinbarung dient hier immerhin der Klarstellung, dass keine Vollstreckungsversuche unternommen werden

Nutzlosigkeit der Einzahlung die Prognose einer unangemessenen Benachteiligung des Berechtigten kaum stellen. Was die Erfüllung der Wartezeit angeht, so gilt es mit grösserer Sicherheit den Fall zu vermeiden, dass dem Berechtigten nur aufgrund der Vereinbarung zur Erfüllung der Wartezeit (und damit zu einer Versorgung) wenige Beiträge fehlen. Häufig wird hier die Situation bereits geklärt sein (z.B. Erfüllung der Wartezeit durch eigene oder übertragene Anwartschaften), im übrigen eine Prognose nicht schwerfallen. Auch die Vereinbarung einer (u.U. nachträglichen) beschränkten Zahlungspflicht des Verpflichteten kommt in Frage (vgl. unten VIII.1.c.).

5. Vereinbarung des Wertausgleichs durch Einzahlung anstatt des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs

a. Ausgangsfall und Motive

Der ausgleichspflichtige Ehegatte hat (auch) verfallbare Anwartschaften der betrieblichen Altersversorgung. Diese sind an sich schuldrechtlich auszugleichen. Die Ehegatten vereinbaren insoweit eine Einzahlung in die gesetzliche Rentenversicherung.

Sinn der Vereinbarung ist es, dem Berechtigten eine möglichst umfangreiche eigenständige Versorgung zu verschaffen. Für den Verpflichteten entfällt, verbunden mit einer sofortigen Kapitalanlage, eine in ihrer Dauer u.U. nicht absehbare Belastung durch die Ausgleichsverpflichtung im Alter. Dieser Weg kann, insbesondere dann, wenn mit einer besonders lang dauernden Ausgleichsrentenpflicht gerechnet werden muss, durchaus für beide Seiten vorteilhaft sein. Die Vereinbarung erscheint auch dann sinnvoll, wenn die Unverfallbarkeit der betrieblichen Altersversorgung direkt

bevorsteht und ihr Eintritt praktisch sicher ist.

b. Zulässigkeit

Rechtstechnisch handelt es sich um den Ausschluss des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs in Verbindung mit der Begründung einer entsprechenden Einzahlungspflicht. Dabei geht es nur um § 1587 f Nr.4. In den übrigen Fällen des § 1587 f scheidet die Vereinbarung aus, weil der Ausschluss des öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleichs auf zwingenden (sozialversicherungsrechtlichen) Normen beruht.

Der Ausschluss des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs ist schon im Scheidungsverfahren möglich. Es gelten die für die Zulässigkeit des (Teil-) Ausschlusses (oben II.) massgebenden Grundsätze. Dass dabei Regelungen über Anwartschaften und Aussichten getroffen werden, deren Ausgleich erst in Zukunft ansteht, unterliegt keinen Bedenken, da der Sachzusammenhang Versorgungsausgleich (§ 1587) gegeben ist¹.

Die Einzahlungsvereinbarung ist nach dem oben 1.c. Gesagten zulässig. Zwar wird anders als dort durch den Austausch der Durchführungsformen für den Berechtigten und dessen Solidargemeinschaft nicht genau dasselbe Ergebnis erreicht. Jedoch bestehen die oben 2.c. angeführten Manipulationsgefahren und insbesondere das Bedenken des "billigen Erwerbs" der Rentner-krankensversicherung² hier praktisch nicht, weil

¹ Vgl. noch unten IX.1.

² Siehe oben 2.c. S.146 Fn.1

§ 165 I Nr.3 a n.F.RVO zusätzliche besondere Voraussetzungen (Versicherungszeit oder Ehezeit mit einem Versicherten) verlangt¹. Im Rahmen der §§ 13o4 b I 1 RVO, 53 e II FGG muss es daher jedenfalls ausreichen, dass die Einzahlung dem Ausgleich vorhandener Versorgungswerte dient².

Die Vereinbarung stellt den Berechtigten jedenfalls nicht schlechter (§ 1587 o II 4). Eventuell kommt es auch über § 1587 f Nr.3 doch noch zum schuldrechtlichen Versorgungsausgleich. Andernfalls könnte eine unangemessene Benachteiligung des Verpflichteten vorliegen (vgl. oben I.3.b.aa.), weil der Wert des Einzahlungsbetrags erheblich über dem der Ausgleichsrentenzahlungen liegen kann. Doch ist die Toleranzgrenze schon angesichts der Ungewissheit späterer Rentenverpflichtungen nicht erreicht, zumal der Gesetzgeber in § 1587 f Nrn.2,3 einen (umgekehrten) Wechsel der Ausgleichsformen vorgesehen hat. Schliesslich wird auch die Altersversorgung des Verpflichteten durch die Einzahlung verbessert. Andererseits rechtfertigt die Vereinbarung grundsätzlich keinen Abschlag bei der Einzahlung, weil dieser eine unangemessene Verkürzung der Altersversorgung des Berechtigten bewirken könnte. Etwas anderes mag in Ausnahmefällen gelten, z.B. wenn wegen des grossen Altersunterschieds der Eheleute die Ausgleichsrente dem Berechtigten voraussichtlich nur kurze Zeit zustehen würde.

1 Vgl. dazu etwa Hoernigk, Krankenversicherung, § 165 Anm.6. Bei der Einzahlung nach § 1587 b III wird der Rentenanspruch auch nicht aus der (Renten-) Versicherung des Ausgleichspflichtigen abgeleitet; vgl. auch Maier, MÜKo, § 1587. b Anm.124

2 Einschränkend nur Bergner, NJW 1977, 1748 ff., 1755; dagegen aber Strobel, MÜKo, Ergänzung zu § 1587 o Anm. 14 mit Nachw. (siehe auch oben S.136 Fn. 2)

6. Ausschluss einzelner Durchführungsformen

Als weitere auf die Durchführungsform bezogene Vereinbarungen kommen in Frage a. der Ausschluss des Wertausgleichs durch Einzahlung ohne ein Ausweichen auf den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich, b. der Ausschluss des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs aufgrund betrieblicher Altersversorgung, c. eine Kombination dieser beiden Vertragsgestaltungen. Die Gründe hierfür werden je nach Fallgestaltung, insbesondere auch Höhe des Ausschlusses, verschieden sein, meist aber denen der unter 4. und 5. behandelten Vereinbarungen entsprechen, wobei den Ehegatten eine innerhalb des Systems des gesetzlichen Versorgungsausgleichs liegende Gegenleistung (ebenfalls aus den oben angeschnittenen Gründen) nicht sinnvoll erscheint. Nicht ohne weiteres gleichsetzen lässt sich die Vereinbarung, die betriebliche Altersversorgung nicht in den Versorgungsausgleich einzubeziehen, weil bei der auf die Durchführungsform bezogenen Vereinbarung die Verrechnung nach § 1587 b III 3 unberührt bleibt.

Die Zulässigkeit der als (Teil-)Ausschluss anzusehenden Vereinbarungen ist nach dem bisher Gesagten nicht zweifelhaft. Die Genehmigung (§ 1587 o II 4) setzt die Einhaltung der Grundsätze oben I.3.b.aa. und II. voraus. Eine Gegenleistung kann entfallen, wenn ein bestimmter Umfang des Ausschlusses nicht überschritten wird. Andernfalls ist eine ausserhalb des Systems des gesetzlichen Versorgungsausgleichs liegende¹ Gegenleistung erforderlich.

¹ Vgl. etwa Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr. 426 und unten *passim*

IV. Vereinbarungen über die Einstellung und Nichteinstellung von Versorgungswerten

Da bei den Vereinbarungen nach § 1587 o die auszugleichenden Versorgungspositionen im wesentlichen bekannt sind, bietet sich die direkte Bezugnahme an. Damit ist dann auch die Durchführungsform des Versorgungsausgleichs beeinflussbar. Vereinbarungen können sich auf betriebliche Altersversorgung (unten 1-3) oder andere Versorgungspositionen beziehen (unten 4), wobei auch hier der Zusammenhang mit betrieblicher Altersversorgung besonders interessiert.

1. Nichtberücksichtigung von betrieblicher Altersversorgung

a. Vereinbarungen, Anrechte nicht einzustellen

aa. Beim Verpflichteten

Die Parteien können vereinbaren, bestimmte Versorgungspositionen des Verpflichteten nicht auszugleichen. Da es sich um einen Teilausschluss oder Ausschluss des Versorgungsausgleichs handelt, gelten die Maßstäbe von oben I.3.b., II. Führt die Vereinbarung zu einer Umkehrung des Ausgleichsverhältnisses, so ist das für sich genommen noch kein Grund, ihre Unzulässigkeit anzunehmen¹. Die Ausklammerung der Anwartschaft wird etwa durch ausserhalb des gesetzlichen Versorgungsausgleichs liegende Gegenleistungen kompensiert oder durch besonders mit ihr verbundene Risiken² gerecht-

¹ a.A. Strobel, MüKo, § 1587 o Anm.12 a.E., weil dies dem Sinn des Versorgungsausgleichs widerspräche

² Siehe unten S. 163 Fn. 1 und oben B.V.2.c.

fertigt. Eine solche Vereinbarung dient mit Sicherheit dem Ausgleich der in der Ehezeit erworbenen Altersversorgung (vgl. § 1587 o I 1). Sie verstösst weder gegen § 1587 o I 2 noch gegen die auf das Gesamtergebnis bezogene Angemessenheitsregel des § 1587 o II 4¹.

bb. Beim Berechtigten

Sollen bestimmte Versorgungspositionen des Berechtigten beim Versorgungsausgleich nicht berücksichtigt werden, so bewirkt dies eine Erhöhung der Ausgleichsquote. Auch solche Vereinbarungen bedürfen der Genehmigung nach § 1587 o II 3,4, die nicht schon deshalb erteilt werden muss, weil die Vereinbarung nur zu Lasten des Ausgleichspflichtigen geht². Denn das Familiengericht muss nicht nur die Angemessenheit der Regelung für den Verpflichteten, sondern auch etwaige Manipulationen zu Lasten der Versicherungsgemeinschaft prüfen. Andererseits ist zweifelhaft, ob die Erhöhung der Ausgleichsquote bei Splitting und Quasisplitting schon generell zu missbilligen ist³. Doch reicht die Anwendung des § 138 BGB wegen der Veränderung der versicherten Risiken wie oben III.2.c. im Einzelfall aus. Eine grössere Belastung

1 Vgl. auch oben I.3.b.aa. und II.1.b.bb.1. Fallgruppe. Danach besteht der Sinn der Vereinbarungsbefugnis u.a. auch darin, dass im Rahmen des eingeräumten Spielraums gar nicht festgestellt zu werden braucht, wer der Berechtigte und wer der Verpflichtete ist

2 a.A. AG Mosbach FamRZ 1977, 810 ff., 813 (sh.oben S. 121 bei Fn.2)

3 So OLG Köln FamRZ 1979, 935 ff., 937; Stellungnahme des Verbands Deutscher Rentenversicherungsträger, FamRZ 1979, 761 f. mit der Einschränkung, etwaige Anwartschaften aus ungeklärten Zeiten geringen Umfangs könnten "ausnahmsweise" dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich vorbehalten werden. Vgl. im übrigen oben III.2.c., insbesondere S. 142 Fn.1 und 2

der Solidargemeinschaft ist m.E. nicht zu befürchten, weil von besonderen Konstellationen abgesehen auf Dauer ein Ausgleich der Risiken eintritt. Die Rentnerkrankenversicherung wird regelmässig unabhängig von der Vereinbarung erworben. Die Erhöhung der Ausgleichsquote stellt hier praktisch keine "Manipulationsgefahr" dar, eher schon ihre - allgemein für zulässig gehaltene - Ermässigung. Schliesslich ist im Interesse von flexiblen einverständlichen Ausgleichsregelungen die Gefahr einer gewissen Risikoerhöhung hinzunehmen, zumal der Gesetzgeber den Versorgungsausgleich auch sonst in verschiedener Hinsicht begünstigt hat.

b. Behandlung unverfallbarer Anrechte als verfallbar

Zulässig ist auch die Nichtberücksichtigung des Anrechts im Wertausgleich (oben a.) in Verbindung mit dessen Einstellung in einen schuldrechtlichen Versorgungsausgleich. Dabei handelt es sich um eine Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs gemäss § 1587 f Nr.5, auch wenn ein solcher im Ergebnis gar nicht stattfindet, weil die als verfallbar behandelten Anrechte mit verfallbaren Anwartschaften des anderen Ehegatten verrechnet werden (§ 1587 g I 1).

Die Vereinbarung kann insbesondere in den folgenden Fällen angebracht sein: 1. Zur Vermeidung eines "Doppelausgleichs". Hat der Berechtigte verfallbare Anrechte der betrieblichen Altersversorgung, die mit ziemlicher Sicherheit zu einer Versorgung führen werden¹, so ist kaum einsehbar, dass er im Scheidungs-

¹ Die Unverfallbarkeit steht etwa dicht bevor, ein Ausscheiden aus dem Betrieb ist unwahrscheinlich, in der Branche bestehen Anrechnungsvorschriften für die Unverfallbarkeit

verfahren Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung erhalten, später aber von seiner Betriebsrente abgeben soll. Es liegt nahe, die unverfallbaren Anrechte des Verpflichteten mit den verfallbaren des Berechtigten zu verrechnen. Hier wird deutlich, dass die notwendig starre Abgrenzung zwischen "verfallbar" und "unverfallbar" auch bei arbeits rechtlich verfallbaren (aber "sicheren") Anrechten unbefriedigend sein kann. Dem Bedürfnis nach Auflockerung lässt sich nur durch Parteivereinbarungen Rechnung tragen. Weniger exakt wäre die Einbeziehung des verfallbaren Anrechts in den Wertausgleich (unten 2.a.), weil bei sofortiger Verrechnung doch noch eintretende Veränderungen nicht mehr berücksichtigt werden könnten. 2. Generell beim Zusammentreffen von verfallbarer und unverfallbarer betrieblicher Altersversorgung. Hat der Verpflichtete verfallbare, der Berechtigte unverfallbare Anrechte der betrieblichen Altersversorgung, so bleibt durch die Vereinbarung die Betriebsrente des Verpflichteten erhalten; das erhöhte Splitting oder Quasisplitting kann u.U. leichter wettgemacht werden¹. Besitzt einer der Ehegatten teils unverfallbare, teils verfallbare betriebliche Altersversorgung, so kann ein einheitlicher schuldrechtlicher Versorgungsausgleich sinnvoll sein. 3. Zur Gewährleistung des "richtigen" Ausgleichs bei Risiken der betrieblichen Altersversorgung. Stellen einzelne Anrechte der betrieblichen Altersversorgung trotz arbeitsrechtlicher Unverfallbarkeit keine mit gesetzlicher Rentenversicherung vergleichbare

¹ Vgl. oben III.2.b. mit dem Hinweis auf § 14 BeamtVG

Position dar¹, so ist schon ihre Einbeziehung in den gesetzlichen Wertausgleich zweifelhaft². Vor allem dann, wenn man mit der wohl h.M. den arbeitsrechtlichen Unverfallbarkeitsbegriff unverändert in den Versorgungsausgleich übernimmt, entsteht das Bedürfnis, wenigstens im Vereinbarungswege den dargestellten Risiken Rechnung zu tragen.

Die Genehmigung nach § 1587 o II 4 ist zu erteilen, wenn die schuldrechtliche Ausgleichung des Anrechts voraussichtlich keinen besonderen Nachteil für den anderen Ehegatten bedeutet³, wobei auch die besondere Ausgleichskonstellation (z.B. drohender "Doppelausgleich") eine Rolle spielt. Ausserdem kann sich aus der relativ gleichen Qualität von verfallbarer und unverfallbarer betrieblicher Altersversorgung (oben S.161 und 163, jew.Fn.1) ergeben, dass die Vereinbarung angemessen ist trotz deutlicher Nachteile für einen Ehegatten gegenüber dem gesetzlichen Versorgungsausgleich. Ist die Unverfallbarkeit im Sinne des Versorgungsausgleichs rechtlich zweifelhaft, so bedeutet das ein starkes Indiz für die Angemessenheit einer Behandlung als verfallbar.

1 Hierher zählen etwa die Fälle, bei denen an der betrieblichen Altersversorgung, ihrer Unverfallbarkeit oder am Anspruchsgegner aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen Zweifel bestehen, die Ermittlung und Bewertung, z.B. bei im Ausland erworbenen Anrechten, besondere Schwierigkeiten bereitet, zeitlich begrenzte Leistungen erbracht werden oder die (volle) Realisierung, z.B. von Anrechten gegen eine Unterstützungskasse, ungewiss erscheint. Vgl. im einzelnen oben B.V.2.c.

2 Siehe näher oben B.V.2.

3 Vgl. oben III.4.c.

2. Einbeziehung verfallbarer Anrechte der betrieblichen Altersversorgung in den Wertausgleich

a. Beim Berechtigten

Um den Versorgungsausgleich im Scheidungsverfahren endgültig zu erledigen, kann sich auch anbieten, verfallbare Anrechte der betrieblichen Altersversorgung wie unverfallbare zu behandeln und in den Wertausgleich einzubeziehen. Geschieht dies beim Berechtigten, so wird ein "Doppelausgleich" vermieden. Hat etwa der Verpflichtete Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von DM 400.--, der Berechtigte von DM 200.-- und dazu an verfallbarer betrieblicher Altersversorgung in Höhe von DM 100.-- auszugleichen, so kann eine einmalige Übertragung von DM 50.-- sinnvoller sein, als eine solche von DM 100.-- in Verbindung mit späteren Ausgleichsrentenzahlungen durch den Berechtigten, insbesondere dann, wenn die verfallbaren Anrechte unverfallbaren ähnlich sind¹. Nicht ganz selten dürfte auch der Fall sein, dass beide Ehegatten neben etwa gleich hohen Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung etwa gleich hohe Anwartschaften der betrieblichen Altersversorgung auszugleichen haben, wobei die des einen noch verfallbar, die des anderen unverfallbar sind. Sinnvoller als Einzahlungs- und Ausgleichsrentenpflicht ist hier oft das Absehen von einem Versorgungsausgleich. Das Verfallrisiko so dem Arbeitnehmer aufzubürden, erscheint um so unbedenklicher, je mehr er an Einfluss auf den Eintritt der Unverfallbarkeit besitzt (z.B. durch Unkündbarkeit).

¹ Siehe oben S.161 Fn.1 . Zum Problem vgl. auch Eckert, NJW 1978, 2084 ff. Abzulehnen ist freilich AG Düsseldorf FamRZ 1979, 50, das verfallbare Anrechte auf Seiten des Berechtigten in den gesetzlichen Wertausgleich einbeziehen will

Die Vereinbarung ist grundsätzlich zulässig: Sie wirkt sich als (Teil-)Ausschluss des Wertausgleichs aus, wobei der Verzicht auf den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich die Gegenleistung darstellt. Wird nur die Einbeziehung vereinbart, so ist die verfallbare betriebliche Altersversorgung wie unverfallbare zu verrechnen. Zusätzlich kann aber eine Bestimmung über die Verrechnung getroffen werden¹.

Nicht immer zweifelsfrei ist die Person des Berechtigten i.S. von § 1587 o II 4. Beispiel: Ehegatte A hat DM 300.--, Ehegatte B DM 250.-- an gesetzlicher Rentenversicherung und dazu DM 100.-- an verfallbarer betrieblicher Altersversorgung auszugleichen. Die Vereinbarung schliesst jeglichen Versorgungsausgleich aus. Die h.M., nach der die Vorschrift nur den Schutz des Berechtigten bezweckt², kann weder allein die Situation des Wertausgleichs zugrundelegen und die verfallbare betriebliche Altersversorgung unberücksichtigt lassen, noch diese mit unverfallbarer betrieblicher Altersversorgung gleichsetzen. Wenig einleuchtend ist es m.E. auch, bezüglich des Ausschlusses des Wertausgleichs Ehegatten B, bezüglich des Ausschlusses des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs A als Berechtigten anzunehmen und damit bei ein und derselben Vereinbarung zwei verschiedene Berechtigte anzuerkennen. Mit der oben I.3. b.aa. vertretenen Meinung ergeben sich solche Schwierigkeiten nicht: Entsprechend den bisher gewonnenen Grundsätzen ist zu prüfen, ob insgesamt eine für beide Ehegatten angemessene Regelung vorliegt. Dabei kann die beispielhaft genannte Vereinbarung durchaus einmal für A, im anderen Fall für B unangemessen sein.

1 Vgl. im einzelnen die Vereinbarungen über die Durchführungsform oben III.

2 Dazu oben I.3.b.aa.

b. Beim Verpflichteten

Die Einbeziehung verfallbarer Anrechte der betrieblichen Altersversorgung beim Verpflichteten bewirkt eine grundsätzlich zulässige Erhöhung des Wertausgleichs. Dafür wird ein späterer schuldrechtlicher Versorgungsausgleich ausgeschlossen, was regelmässig als angemessene Gegenleistung anzusehen ist. Die Vereinbarung kann sich als (zusätzliche) Einzahlungspflicht des Verpflichteten (bis zur Grenze des § 1587 b V) auswirken oder auch - weil die einbezogene betriebliche Altersversorgung mit unverfallbarer betrieblicher Altersversorgung des Berechtigten verrechnet werden kann (§ 1587 b III 1) - zu einem erhöhten Splitting oder Quasisplitting führen. Das jeweils erwünschte Ergebnis lässt sich mit einer an den erhöhten Wertausgleich anknüpfenden Vereinbarung über die Ausgleichsform erzielen.

3. Einbeziehung von Arbeitgeberleistungen, die nicht unter betriebliche Altersversorgung fallen, in Wertausgleich und schuldrechtlichen Versorgungsausgleich

a. Andere Versorgungen des § 1587 a II

aa. Das Problem

Arbeitgeberleistungen, die der Altersversorgung dienen, aber keine betriebliche Altersversorgung darstellen, fallen als Höherversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung unter § 1587 a II Nr.4 c, als Gruppenlebensversicherung auf Rentebasis, bei der der Arbeitnehmer als Versicherungsnehmer auftritt, unter § 1587 a II Nr.5, als betrieblich zugesagte Weiterversicherung unter § 1587 a II Nr.2¹. Vereinbaren die Ehegatten,

¹ Siehe oben B.II.3.d.aa., B.II.3.c.aa. und B.II.3.d.bb.

dass diese Arbeitgeberleistungen als unverfallbare betriebliche Altersversorgung behandelt werden sollen, geht es nicht nur um die Änderung der Durchführungsform (bei der Weiterversicherung), sondern vor allem auch um eine veränderte Bewertung der Versorgung. Während nämlich bei den genannten Vorschriften auf das Zusammentreffen von Ehezeit und Versicherungszeit abgestellt wird, ist bei betrieblicher Altersversorgung nach § 1587 a II Nr.3 das Verhältnis von Ehezeit und Betriebszugehörigkeit massgebend.

bb. Beispielsfälle

Ein Arbeitnehmer hat mit 25 Jahren geheiratet und beim in dieselbe Zeit fallenden Betriebseintritt die Zusage erhalten, nach 25-jähriger Betriebszugehörigkeit werde eine Höherversicherung stattfinden. Die Ehezeit beträgt 27 Jahre, die Betriebszugehörigkeit besteht fort. Ausgleichspflichtig ist nach § 1587 a II Nr. 4c nur der Betrag, der sich aus den Beiträgen für die 2 Jahre ergibt, in denen sich Höherversicherung und Ehezeit decken, wenn mit dem Ende der Ehezeit der Versorgungsfall fingiert wird. Dasselbe gilt nach § 1587 a II Nr.5 a, wenn es sich um eine Gruppenlebensversicherung handelt. Umgekehrt ist die gesamte Versorgung ausgleichspflichtig, wenn Ehezeit und Versicherungszeit zusammenfallen, auch wenn die überwiegende (25-jährige) Betriebszugehörigkeit vor der Ehezeit liegt (§§ 1587 a II Nr.4 c, 1587 a II Nr. 5 b). Wurde dem mit 20 Jahren eintretenden Arbeitnehmer eine Weiterversicherung nach dem 60. Lebensjahr¹ zugesagt, so findet nach § 1587 a II Nr.2

1 z.B. Freistellung unter Fortzahlung der Bezüge und der Sozialversicherungsbeiträge bis zur Altersgrenze. Mit der Freistellung ist das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis, auf das § 1227 I Nr.1 RVO für die Versicherungspflicht abstellt, gelöst (vgl. Albrecht, Wege zur Sozialversicherung 1958, 166 ff., 168, 169 f.; Brockhoff/Müller in RVO Gesamtkommentar, § 1227 RVO Anm.9) und damit der Weg frei zur freiwilligen Weiterversicherung nach § 1233 RVO

kein Ausgleich statt, wenn die Ehezeit vor diesem Zeitpunkt beendet ist. Dagegen ist die gesamte Versorgung ausgleichspflichtig, wenn die Ehezeit gerade in die Weiterversicherungszeit fällt (§ 1587 a II Nr.2).

Behandelt man die Versorgung wie betriebliche Altersversorgung, so ergibt sich ein anderes Bild: Bei der Höherversicherung und der Gruppenlebensversicherung wird im ersten Fall jeweils 27/40 (§ 1587 a II Nr. 3a), im zweiten Fall jeweils 15/40 (§ 1587 a II Nr. 3b) der gesamten Versorgung ausgeglichen. Bei der Weiterversicherung kehrt sich das Ergebnis geradezu um; im ersten Fall findet ein teilweiser oder sogar voller, im zweiten Fall überhaupt kein Ausgleich statt (§1587 a II Nr.3 b).

Die Behandlung als betriebliche Altersversorgung bringt zum Teil auch Veränderungen bei der zur Anpassung an die dynamische gesetzliche Rentenversicherung nach § 1587 a III, IV in Verbindung mit der Barwertverordnung notwendigen Umrechnung mit sich: Sie führt bei der Gruppenlebensversicherung von der Umrechnung nach § 1587 a III Nr.1 zur Umrechnung nach § 1587 a III Nr.2, da Nr.2 bei betrieblicher Altersversorgung ohne Rücksicht auf ein Deckungskapital oder eine vergleichbare Deckungsrücklage eingreift¹. Bei der Höherversicherung findet die Umrechnung freilich wie bei betrieblicher Altersversorgung nach § 1587 a III Nr.2 in Verbindung mit der Barwertverordnung statt. Auch bei der Weiterversicherung ändert sich nichts. Eine Umrechnung scheidet aus, da auch die volldynamische betriebliche Altersversorgung keiner Umrechnung unterliegt, § 1587 a III 1, § 1 I 2 Barwertverordnung².

1 Vgl. nur Maier, MüKo, § 1587 a Anm.350,361

2 Vgl. nur Maier, MüKo, § 1587 a Anm.346,361

cc. Zulässigkeit

Die Änderung der Durchführungsform bei der Weiterversicherung unterliegt keinen grundsätzlichen Bedenken¹.

Dasselbe gilt für die Änderung der Bewertung der Versorgung im Rahmen des § 1587 a II, wenn das Gesamtergebnis des Versorgungsausgleichs noch innerhalb der oben I.3.b., II. beschriebenen Toleranzgrenze liegt. Schon dort wurde aber aufgezeigt, dass sich die Angemessenheit des Ausgleichs u.U. aus besonderen Gründen ergibt. Fraglich ist hier, ob die Ähnlichkeit mit betrieblicher Altersversorgung eine mit der veränderten Bewertung verbundene grössere Abweichung vom gesetzlichen Versorgungsausgleich rechtfertigt. Wie oben gezeigt, liegen zwar durchaus Gründe dafür vor, allein auf die Versicherungszeit abzustellen. Das bedeutet aber nur, dass der gesetzliche Ausgleich nicht als solcher verfehlt ist, besagt nichts über vertragliche Regelungen. Ebenso angemessen erscheint es hier, an die Betriebszugehörigkeit anzuknüpfen: Die Versorgung hängt von der gesamten Zeit der Betriebszugehörigkeit ab und belohnt die insgesamt erbrachte Betriebstreue. Der Grundgedanke des § 1587 a II Nr.3 trifft also durchaus zu. Der geringe (oder ganz entfallende) Ausgleich in den oben gebildeten Beispielfällen vermag nicht recht zu befriedigen. Aufgrund der dem Arbeitnehmer erteilten Zusage wird die in Aussicht stehende Versorgung von den Ehegatten meist als gemeinsame Altersversorgung angesehen und bereits in ihre Versorgungskonzeption eingestellt. Aber auch wenn die Zusage erst nach der Ehezeit liegt, ist die bisherige Betriebszugehörigkeit für sie massgebend. Freilich

1 Siehe oben III.1. Auswirkungen können wegen der Verrechnung nach § 1587 b III 1 aber auch entsprechend oben III.2. eintreten

kann in diesen Beispielsfällen keine (vollständige) "Unverfallbarkeit" des Versorgungsanrechts angenommen werden. Es ist keineswegs sicher, dass die Voraussetzungen einer (vollen) Versorgung erfüllt werden. Daher erscheint gegebenenfalls eine Gleichstellung mit verfallbarer betrieblicher Altersversorgung angemessen. Mit dieser Massgabe ist die Bewertung gem. § 1587 a II Nr.3 zulässig. Umgekehrt erscheint die Abbedingung des vollen Ausgleichs in den übrigen drei Beispielsfällen angemessen, weil sich die Annahme vertreten lässt, dass die Versorgung nur "technisch bedingt" auf der Ehezeit, in Wahrheit aber auf der Zeit der Betriebszugehörigkeit beruht. Da hier die Versorgung feststeht, ist die veränderte Bewertung im Rahmen des Wertausgleichs zulässig.

Die Anwendung der Barwertverordnung bei der Gruppenlebensversicherung terliegt keinen Bedenken. Zwar mag zweifelhaft sein, ob sich aus der differenzierten Betrachtungsweise der §§ 2-5 BarwertVO eine genauere Bewertung ergibt. Auch hat der Gesetzgeber die BarwertVO gleichsam nur hilfsweise vorgesehen und ändert die Tatsache, dass eine Arbeitgeberleistung vorliegt, an dieser Wertung nichts. Doch wird der massgebliche Wert der späteren Versorgungsleistung mit Hilfe der BarwertVO genauer umschrieben als durch die fingierte Einzahlung des aus den eingezahlten Beiträgen ermittelten Deckungskapitals (§ 1587 a III Nr.1)¹. Grössere Unterschiede bestehen aber wohl nicht. Die Vereinbarung kann auch ausdrücklich oder konkludent vorsehen, dass bezüglich § 1587 a III keine Änderung eintreten soll.

¹ Vgl. auch den Hinweis von BT-Drucks.7/4361 S.39 (ebenso Maier, MüKo, § 1587 a Anm.268), die Problematik einer unbefriedigenden Qualitätsveränderung könne durch § 1587 o gering gehalten werden

b. Ansprüche, die dem Zugewinnausgleich unterliegen

aa. Fallgruppen

Wirtschaftlich sinnvoll kann auch die Einbeziehung von anderen Ansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber sein. Grundlage einer solchen Vereinbarung ist die in § 1587 o II 4 ausdrücklich zugelassene Einbeziehung der Vermögensauseinandersetzung. Eventuell lässt sich der Versorgungsausgleich oder der Zugewinnausgleich vermeiden, wenn im jeweils anderen Bereich eine entsprechende Gegenleistung (Erhöhung bzw. Ermässigung) erbracht wird. In Frage kommen dürfte insbesondere, grössere Ausgleichsforderungen nach § 1378 im Wege des Versorgungsausgleichs zu erfüllen, weil dieser wegen der verschiedenen Durchführungsformen und gegebenenfalls der Verrechnungsmöglichkeit nach § 1587 b III 3 weniger belastet. Soweit der gesetzliche Versorgungsausgleich zu "Minirenten" führen würde, besteht so die Möglichkeit zu ihrer Aufstockung. Schliesslich kann der Versorgungsausgleich wegen §§ 1587 f ff. und nachträglicher Korrekturmöglichkeiten¹ elastischer sein. Wird der Versorgungsausgleich gekürzt oder ausgeschlossen und dafür die Ausgleichsforderung des Berechtigten erhöht, so muss die Erfüllung der (gesamten) Ausgleichsforderung, z.B. durch Übertragung eines Grundstücks, geeignet sein, den Alterssicherungszweck (§ 1587 o II 4) des ausgeschlossenen Versorgungsausgleichs zu ersetzen. Ist umgekehrt der Berech-

¹ Vgl. dazu die §§ 1587 g II 2, III, 1587 d II, die gerade im Falle der Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs Bedeutung haben können

tigte Schuldner der Ausgleichsforderung, setzt eine gegenseitige Verrechnung voraus, dass der Wegfall der Ausgleichsforderung zur Alterssicherung geeignet ist, z.B. weil die Auflösung eines Unternehmens des Berechtigten vermieden wird oder eine der Alterssicherung dienende Investition möglich bleibt.

bb. Zulässigkeit, insbesondere Wertermittlung

Eine Möglichkeit der Einbeziehung besteht darin, Kapitalansprüche nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu "verrenten", nach § 1587 a III Nr.2 in dynamische Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung umzurechnen und in den Versorgungsausgleich einzustellen. Gegen eine solche Vereinbarung ist ebenso wenig etwas einzuwenden wie gegen die auf Vereinbarung beruhende Einzahlung des Betrages der Ausgleichsforderung in die gesetzliche Rentenversicherung zugunsten des Gläubigers (vgl. §§ 1304 b I RVO, 83 b I AVG)¹. Unbedenklich ist aber auch die Anwendung des § 1587 a II Nr.3, der mit seiner Verhältnisrechnung zu einem geringeren Ausgleich des Anspruchs führt; denn auf einen Zugewinnausgleich könnte grundsätzlich auch ersatzlos verzichtet werden². Dieser Weg liegt nahe, wenn die auszugleichende Arbeitgeberleistung (auch bei Zusage an einen Mitunternehmer) der Altersversorgung dient,

¹ Zu letzterem Strobel, MüKo, § 1587 o Anm.12; vgl. auch oben III.1.,5. Dazu, dass auch bei Splitting und Quasisplitting eine Erhöhung der Versorgungsausgleichsquote in Frage kommt, siehe unten V.1.

² Vgl. nur Palandt/Diederichsen, § 1378 Anm.4 b und Gernhuber, MüKo §, 1372 Anm.9

insbesondere wenn sie nach Art.2 § 1 AnVNG zur Befreiung von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung geführt hat¹. Zu nennen ist etwa die vom Arbeitgeber finanzierte Gruppenlebensversicherung auf Kapitalbasis, bei der der Arbeitnehmer als Versicherungsnehmer auftritt. Die Vereinbarung dient der Gleichstellung solcher Anrechte mit Anrechten der betrieblichen Altersversorgung auf einmalige Kapitaleleistung (oben B.II.4.b.aa.).

- c. Ansprüche, die weder einem sofortigen Zugewinnausgleich noch dem Versorgungsausgleich unterliegen

aa. Gütertrennung

Entfällt ein Zugewinnausgleich allein deshalb, weil Gütertrennung bestand, so ergibt sich m.E. gegenüber oben b. keine Änderung. Zwar könnten die Ehegatten einen Zugewinnausgleich i.S.der §§ 1373 ff. durch Vereinbarung nicht mehr herbeiführen. Da aber eine Ausgleichung des "Zugewinns" im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung angemessen erscheint, besteht insoweit auch ein Grund für eine Modifizierung des gesetzlichen Versorgungsausgleichs.

bb. Künftiges Arbeitseinkommen

Künftiges Arbeitseinkommen unterliegt nicht dem Zugewinnausgleich². Dazu zählen ausser den Ansprüchen für zukünftige Arbeitstätigkeit auch Übergangsgebührrnisse, die künftige Einkommensverluste

1 Vgl. BGHZ 67, 262 ff., wonach auch in diesem Fall der Zugewinnausgleich eingreift. Vgl. jetzt weiter Staudinger/Thiele, § 1374 Rdnr.7, § 1375 Rdnr.4; Palandt/Dederichsen, § 1375 Anm.2

2 Soergel/Lange, § 1376 Rdnr.15; Staudinger/Thiele, § 1374 Rdnr.5; Erman/Heckelmann, § 1376 Rdnr.5, Gernhuber, MüKo, § 1374 Anm.6, § 1376 Anm.17; OLG Oldenburg FamRZ 1976, 346 ff., 346

ausgleichen sollen¹, Anwartschaften auf Karenzentschädigung nach den §§ 74 II, 74 a ff. HGB und Ansprüche auf Ausgleichszahlungen, vor allem aus einem Sozialplan, zum Ausgleich oder zur Milderung von künftigen wirtschaftlichen Nachteilen. Es geht in diesen Fällen darum, einen zukünftigen, nach der Ehezeit eintretenden besonderen Bedarf zu decken. Die Leistung knüpft zwar an die frühere Arbeitstätigkeit während der Ehezeit an, stellt aber gerade nicht eine nachträgliche zusätzliche Vergütung für frühere Arbeitstätigkeit dar, wie z.B. grundsätzlich Treueprämien, Gratifikationen und der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach § 89 b HGB. Besonders deutlich wird dies beim Sozialplan etwa dann, wenn den ausgeschiedenen Arbeitnehmern für einen bestimmten Zeitraum das bisherige Arbeitsentgelt fortgezahlt wird².

Solche Ansprüche können zwar Anlass für eine Vereinbarung sein, die Beurteilung der Angemessenheit i.S. des § 1587 o II 4 aber nicht beeinflussen, weil der innere Grund für einen Ausgleich und damit auch für die Einbeziehung in den Versorgungsausgleich fehlt.

cc. Ungewisse, unsichere und bedingte Forderungen

Ungewisse, unsichere und aufschiebend bedingte Forderungen bleiben beim Zugewinnausgleich nach h.M. in entsprechender Anwendung des § 2313 zunächst ausser Ansatz. Nach Klärung der Zweifel hat ein nachträglicher Ausgleich stattzufinden³. Beispiele: Im Zeit-

1 OLG Oldenburg FamRZ 1976, 346 ff.; Staudinger/Thiele, § 1374 Rdnr.8 mit Nachweisen (auch für die Gegenmeinung)

2 Vgl. Galperin/Löwisch, § 112 Anm.66

3 Staudinger/Thiele, § 1376 Rdnr.37 und Gernhuber, MüKo, § 1376 Anm.15 jeweils mit Nachweisen. Die Mindermeinung (z.B. H.Lange, NJW 1957, 1381 ff., 1383 unter 6 b) muss dagegen den Schätzwert zugrundelegen, was wohl nur selten zum richtigen Ergebnis führt

punkt der Ehescheidung ist rückständiges Arbeitseinkommen eines Ehegatten streitig oder von einem Ehegatten Kündigungsschutzklage mit Aussicht auf eine Kündigungsabfindung nach §§ 9, 10 KSchG erhoben worden, etwa wenn diese bereits gerichtlich festgesetzt, das Urteil aber noch nicht rechtskräftig ist¹. Eine ähnliche Position besteht dann, wenn nach einer Betriebsänderung i.S. der §§ 111 ff. BetrVG ein Sozialplan für bereits eingetretene wirtschaftliche Nachteile aussteht.

Die Notwendigkeit späterer Korrekturen des Zugewinnausgleichs ist misslich². Es kann sich daher anbieten, die genannten Forderungen in den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich einzubeziehen, vor allem wenn ein solcher in absehbarer Zeit voraussichtlich ohnehin stattfinden wird. Dasselbe gilt für auflösend bedingte Rechte, die im Zugewinnausgleich zunächst wie unbedingte behandelt werden (entspr. § 2313 I 2), und für befristete Rechte, die zu schätzen sind. Die Art und Weise der Einbeziehung, insbesondere der Wertermittlung, kann wie oben b. erfolgen, wobei die endgültige Bewertung dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich vorbehalten bleibt. Dabei erscheint

1 Die durch rechtskräftiges Urteil mit Gestaltungswirkung bereits festgesetzte Abfindung (vgl. Hueck, KSchG, § 9 Rdnr.32 mit Nachw.i.V.mit Thomas/Putzo, II 3 vor § 253) fällt wegen ihres Charakters als Entschädigung für den Arbeitsplatzverlust (Hueck, KSchG, § 10 Rdnr.15 mit Nachw.) in den Zugewinnausgleich. Vor Rechtskraft ist entsprechend § 2313 (aufschiebende Bedingung) zu verfahren, weil für die Abgrenzung zu nicht ausgleichsfähigen künftigen Rechten auf den Zeitpunkt des Arbeitsplatzverlustes abgestellt werden muss. Daher kommt auch die (an sich denkbare) Vereinbarung schon vor einer (zu erwartenden) Kündigung nicht in Betracht

2 Das sehen auch Soergel/Lange, § 1376 Rdnr.14 und Gernhuber, MüKo, § 1376 Anm.15

die Aufteilung pro rata temporis (§§ 1587 g II, 1587 a II Nr. 3) weniger sinnvoll, da es beim Ausgleich massgebend darauf ankommt, für welchen Zeitraum die Leistung bestimmt war (und ihre "Vorenthaltung" daher Mittel verzehrt hat, die anderenfalls in den Zugewinnausgleich gefallen wären). Unter diesem Gesichtspunkt kann eine Kürzung angebracht sein, wenn z.B. der Ausgleichsbedarf bei Sozialplanleistungen nur zum Teil während der Ehezeit angefallen ist. Die Zulässigkeit der Vereinbarung ist entsprechend oben b. zu bejahen¹.

4. Vereinbarungen über andere Versorgungswerte im Hinblick auf betriebliche Altersversorgung

Die Parteien können auch über andere Versorgungspositionen Vereinbarungen treffen, z.B. einzelne Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung oder privaten Lebensversicherung beim Verpflichteten ausklammern. Deren Behandlung weist gegenüber den bisherigen Ausführungen keine Besonderheiten auf. Das ist auch der Fall, wenn die Vereinbarung im Hinblick auf anderweitige Anrechte der betrieblichen Altersversorgung getroffen wird. So kann etwa die teilweise Ausklammerung einer Lebensversicherung dadurch gerechtfertigt sein, dass mit einer daneben auszugleichenden unverfallbaren Anwartschaft der betrieblichen Altersversorgung besondere Risiken verbunden sind oder dass der andere Ehegatte verfallbare Anwartschaften der betrieblichen Altersversorgung besitzt, die aus Altersgründen² voraussichtlich nicht mehr auszugleichen sein werden.

1 Siehe auch unten IX.1. zu Vereinbarungen über den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich im Scheidungsverfahren

2 Vgl. § 1587 g I 2. Zu beachten ist aber, dass die Abfindung nach § 1587 I schon vor diesem Zeitpunkt (nach Eintritt der Unverfallbarkeit) verlangt werden kann, wenn der Ausgleichsschuldner dadurch nicht unbillig belastet wird. Damit sind freilich nicht alle Fälle abgedeckt

V. Vereinbarungen über die Höhe des Ausgleichs

1. Festlegung der Ausgleichsquote

Wollen die Ehegatten ausser in den oben IV. behandelten Fallgestaltungen die Ausgleichsquote des Wertausgleichs insgesamt ändern, so können sie eine abweichende Ausgleichsquote auch pauschal oder nur für einzelne Durchführungsformen oder Versorgungspositionen festlegen.

Eine Verringerung der Ausgleichsquote, z.B. auf 40 oder 45 %, unterliegt bei allen vier Ausgleichsformen des § 1587 b keinen grundsätzlichen Bedenken: § 1587 o I 2 betrifft nicht die Einschränkung von Splitting und Quasisplitting¹. Und § 1587 o II 4 verlangt wie auch sonst beim Teilausschluss (oben II.) im Rahmen der Angemessenheit ausserhalb des Versorgungsausgleichs liegende Gegenleistungen oder besondere Gründe für die Ermässigung.

Der Verpflichtete kann die Ehescheidung auch zum Anlass nehmen, dem Ehegatten Vermögenswerte in Form eines erhöhten Versorgungsaus-

1 a.A. offenbar noch AG Düsseldorf NJW 1978, 647 f. (vgl. auch oben S.142 Fn. 1), das sich für diese Ansicht aber zu Unrecht auf die herrschende Meinung in der Literatur beruft. So hält etwa Palandt/Diederichsen, § 1587 o Anm.3 a Vereinbarungen über die Höhe von Splitting und fiktiver Nachversicherung zwar für unzulässig, präzisiert das dann aber dahin, der Berechtigte könne auf die Übertragung von Anwartschaften oder die fiktive Nachversicherung verzichten; widersprüchlich Ambrock, § 1587 o Anm.I (S.342 f.), der den teilweisen Ausschluss des Versorgungsausgleichs hinsichtlich aller Anwartschaftsrechte grundsätzlich befürwortet, eine nur teilweise Übertragung von Anwartschaften oder eine im Umfang herabgesetzte Begründung im Falle des § 1587 b II aber für unzulässig hält

gleichs zuzuwenden. Auch das ist "Ausgleich von Anwartschaften oder Anrechten": § 1587 o I 1 beschränkt Vereinbarungen nicht auf eine Höchstgrenze des gesetzlichen Versorgungsausgleichs. Keine Schwierigkeiten macht die Erhöhung der Ausgleichsquote bei § 1587 b III (Einzahlung in die gesetzliche Rentenversicherung) und § 1587 b IV (Ausgleich in anderer Weise)¹. Problematischer ist die "isolierte" Erhöhung der Ausgleichsquote bei Splitting und Quasisplitting. Hier entfällt das die Zulässigkeit des Wechsels der Durchführungsformen tragende im Wegfall der Einzahlungspflicht begründete Argument der Praktikabilität². Auch erscheint die Gefahr von Manipulationen zu Lasten der Versichertengemeinschaft grösser, weil es nicht um einen ohnehin geschuldeten Ausgleich geht. Doch reicht m.E. auch hier wie oben IV.1.a.bb. die Missbrauchskontrolle durch das Familiengericht aus. Nach der Wertung des 1.EheRG unterliegen die in der Ehezeit erworbenen Versorgungsanwartschaften dem Versorgungsausgleich, können also alle diese Anwartschaften grundsätzlich zur Hälfte auf den anderen Ehegatten übertragen (Splitting) oder zum Zwecke der "fiktiven Nachversicherung" gekürzt werden (Quasisplitting). Rechtfertigt es aber die Ehescheidung im Grundsatz, die nur formal einem der Ehegatten zugeordneten Anwartschaften (oben B.I.1.b.) aufzuteilen, so muss sich das auch für den Vereinbarungsspielraum auswirken. Soweit das Ergebnis der Vereinbarung in diesem Rahmen liegt, kann es von § 1587 o I 1 nicht grund-

1 Siehe oben III.5.b., IV.3.b.bb. Grund für die Erhöhung der Ausgleichsquote kann etwa sein, "Kleinstrenten" zu vermeiden oder die Erfüllung von Wartezeiten zu gewährleisten (§ 1304 a V RVO); vgl. zu diesen beiden Tatbeständen etwa Dieckmann, Festschrift für Bosch, S.119 ff., 142 f.; Gerschermann, S.177 ff.

2 aus dem AG Düsseldorf FamRZ 1979, 148 f. folgert, jede andere Auslegung sei verfassungswidrig; siehe oben III.2.c.

sätzlich missbilligt werden. Hat z.B. Ehegatte A Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von DM 400.--, Ehegatte B Anwartschaften in Höhe von DM 200.-- auszugleichen, wäre eine Ausgleichsquote von 70 % (Splitting von Anwartschaften in Höhe von DM 140.--) zulässig, weil bei A Anwartschaften über DM 200.-- einem potentiellen Ausgleich unterliegen. Über diesen Rahmen hinaus können Vereinbarungen, auch bei Einbeziehung der Vermögensauseinandersetzung (oben IV.3.), aber unbeschadet des Wechsels der Ausgleichsform (oben III.2., IV.2.b.) nicht gehen, weil das darauf hinausliefe, den Ehegatten zu gestatten, mittels des Familiengerichts beliebig über die in der Ehezeit erworbenen Anwartschaften zu verfügen.

2. Bewertung von betrieblicher Altersversorgung

a. "Wertminderungen"

Betriebliche Altersversorgung kann mit bestimmten Risiken und Nachteilen behaftet sein, ohne dass dies die Einbeziehung in den Wertausgleich ausschliesst¹ oder auch nur bei der Bewertung durch Gesetz und BarwertVO berücksichtigt wird. Solche "Wertminderungen" können Anlass zu einer einverständlichen Bewertung seitens der Ehegatten sein.

aa. Zweifel an Bestand und Höhe von Anrechten

Sind Bestand oder Höhe der betrieblichen Altersversorgung unklar, so bestehen für das

¹ Siehe oben B.V.2.; vgl. auch zur Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs oben III.4.

Familiengericht zwei Möglichkeiten: Es kann nach § 12 FGG Zweifel durch eigene Ermittlungen ausräumen¹. Das hat meist den Vorteil einer raschen Erledigung. Vor allem bei relativ geringen Zweifeln wird das Familiengericht Vorfragen selbst entscheiden, etwa weil es sich bei einer streitigen Rechtsfrage auf eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung stützen kann. Der Nachteil dieses Vorgehens liegt nicht so sehr in einer geringeren Sachkompetenz des Gerichts als vielmehr darin, dass eine Rechtskrafterstreckung auf den Arbeitgeber bzw. Versorgungsträger nicht eintritt und der Zweifel damit nicht endgültig ausgeräumt wird. Bejaht das Familiengericht z.B. selbst das Vorliegen einer betrieblichen Übung als Anspruchsgrundlage, so können Zweifel am Bestand der betrieblichen Altersversorgung bestehen bleiben; verneint es sie, kann dennoch eine Chance auf Versorgungsleistungen gegeben sein. Die Möglichkeit einer Streitverkündung an den Versorgungsträger ist hier schon deshalb nicht gegeben, weil über die Versorgung nicht verbindlich entschieden wird.

Das Familiengericht kann auch das Verfahren nach § 53 c FGG aussetzen und einem oder beiden Ehegatten eine Frist zur Erhebung der Klage bestimmen. Das setzt aber "Streit unter den Beteiligten" voraus. Die Ehegatten müssen also über die betriebliche Altersversorgung uneins sein, während Streit zwischen den Arbeitsvertragsparteien nicht genügt, wenn die Ehegatten, wie das häufig ihrer Interessenlage entspricht, übereinstimmend von einer bestimmten Situation (z.B. höheren Betriebsrente) ausgehen². An das Ergebnis

1 Zu den Grenzen der Ermittlungspflicht OLG Köln FamRZ 1979, 935 ff., 937 f.

2 Vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, § 53 c Anm.3; Bumiller/Winkler, § 53 c Anm.1; Strobel, MüKo, Anh.II zu §§ 1587 - 1587 p, § 53 c FGG Anm.4 i.V.m. § 53 b FGG Anm.5 a.E.; vgl. auch oben I.3.a.bb.

der Klage ist das Familiengericht nur gebunden, wenn es unter allen Beteiligten materielle Rechtskraft entfaltet¹. Besteht der Sinn der Klage vornehmlich darin, die Versorgung auch im Verhältnis zum Versorgungsträger verbindlich festzustellen, so ist zu untersuchen, wie Rechtskraft zwischen Arbeitnehmer und Versorgungsträger einerseits und zwischen den Ehegatten andererseits hergestellt werden kann. Behauptet Ehegatte A, dass der andere Ehegatte (Arbeitnehmer) eine Anwartschaft besitzt, während Arbeitnehmer und Arbeitgeber dies bestreiten, kommt nur ein Prozess (Feststellungsklage) zwischen den Ehegatten und zwischen A und dem Arbeitgeber in Frage. Da in beiden Prozessen die Voraussetzungen der §§ 72 ff. ZPO, 46 II ArbGG (möglicher Rückgriffsanspruch gegen oder seitens des Streitverkündungsempfängers) nicht gegeben sind, ist auch eine Bindungswirkung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aufgrund Streitverkündung nicht möglich. Dasselbe gilt, wenn der Streit nur um die Höhe der Versorgung geht. In dem (selteneren) Fall, dass der Arbeitgeber von der (höheren) Anwartschaft ausgeht, kann er ebenfalls weder in die Rechtskraft noch in die Bindungswirkung einbezogen werden, da nur die Klage der Ehegatten untereinander sinnvoll ist und auch hier die Voraussetzungen der §§ 72 ff. ZPO nicht vorliegen². Aber selbst dann, wenn die erwünschte Rechtskrafterstreckung prozessual hergestellt werden kann, befriedigt die Rechtslage nicht: Ein eigener Rechtsstreit über die Vorfrage erscheint auch

1 Diederichsen, NJW 1977, 649 ff., 657; Bumiller/Winkler, § 53 c Anm.1 a.E.; Keidel/Kuntze/Winkler, § 53 c Anm.4 a.E.; Strobel, MÜKo, Anh.II zu §§ 1587 - 1587 p, § 53 c FGG Anm.9

2 Für die betriebliche Altersversorgung daher unrichtig der pauschale Ausgangspunkt von BT-Drucks.7/4361 S.71, der Zwischenstreit könne hier "auch mit Verbindlichkeit gegenüber dem Träger der Versorgung" geklärt werden

bei unklarem Versorgungsverhältnis keineswegs immer sinnvoll, etwa weil er das bestehende Arbeitsverhältnis belasten könnte, der Bedeutung der streitigen Versorgung hinsichtlich Kosten und Zeitdauer nicht angemessen oder wegen der gegenwärtigen Beweissituation taktisch unklug wäre oder weil besser zunächst der Ausgang eines anderweit anhängigen Rechtsstreits abgewartet würde. Den Ehegatten kann (mit Recht) in keinem Fall eine Prozessführung aufgezwungen werden. Erheben sie nicht fristgerecht Klage, so muss das Familiengericht doch wieder nach § 12 FGG selbst ermitteln und kann sogar das Vorbringen eines Beteiligten, das er mit der Klage hätte geltend machen können, unberücksichtigt lassen (§ 53 c I 2 FGG). Auch wird es dem Arbeitnehmer für den Versorgungsausgleich häufig recht und sein Interesse an Einwänden und sofortiger Klage dementsprechend gering sein, wenn der Arbeitgeber eine u.U. zu niedrige Versorgungshöhe nennt; für den Ehegatten ist eine wirksame Prozessführung in diesem Fall besonders schwierig¹.

Ist somit der allein sichere Weg, im Scheidungsverfahren die Versorgung auch für den Versorgungsträger verbindlich festzustellen, allenfalls bedingt gangbar und dazu oft mit einer längeren Verzögerung des Verfahrens verbunden, so darf es den Ehegatten nicht verwehrt sein, eine Ungewissheit über Bestand oder Wert der betrieblichen Altersversorgung im Einzelfall

1 Bleibt endgültig ungeklärt, ob ein Anrecht der betrieblichen Altersversorgung vorliegt, kommt eine Einbeziehung in den Wertausgleich nicht in Betracht. Dasselbe gilt m.E. bei Unklarheit über die Person des Versorgungsschuldners (etwa in Fällen von § 613 a), weil sich Anspruch und Schuldner nicht trennen lassen. Bezüglich der Höhe des Anrechts kann das Familiengericht lediglich den zu seiner Überzeugung feststehenden niedrigeren Wert zugrundelegen

einverständlich zu berücksichtigen. Da die Ehegatten "näher an der Versorgung" stehen als das Familiengericht, es wesentlich auch um ihr künftiges Verhalten, z.B. spätere Prozesserhebung, geht, ist ihnen auch ein gewisser Spielraum bei der Einschätzung der möglichen Risiken und Nachteile eingeräumt. Die Angemessenheitsklausel des § 1587 o II 4 bedeutet, dass die Beurteilung der Ehegatten vertretbar sein muss¹. Ist das der Fall, können auch die relativ starren Grenzen oben II. überschritten werden. Sinnvoll erscheint insbesondere ein nicht allzu grosser Bewertungsabschlag bei entsprechend geringen Zweifeln und Unangemessenheit des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs (oben III.4.), während bei grösseren Zweifeln die Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs (mit Ausschluss des Abfindungsanspruchs aus § 1587 1) meist vorzugswürdig sein dürfte. Denn gegenüber der Situation des "alles oder nichts" führt eine vermittelnde Bewertung nicht zum "richtigen" Ergebnis; je nach der weiteren Entwicklung wird der eine oder der andere Ehegatte benachteiligt. In Betracht kommt auch die Vereinbarung eines schuldrechtlichen Rückausgleichs für den Fall, dass die Versorgung nachträglich entfällt (unten VIII.2.).

-
- 1 Die Frage, ob Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Hinblick auf § 17 III 3 BetrAVG Vereinbarungen über unverfallbare Versorgungsanwartschaften treffen können (offen gelassen von BAG BB 1980, 470 f. = Betrieb 1980, 500 f.) und inwieweit in einem Rechtsstreit um die betriebliche Altersversorgung die Verhandlungsmaxime gilt, spielt dagegen für die Vereinbarungsbefugnis der Ehegatten keine Rolle. Zwar kann das für den Versorgungsausgleich erwünschte Ergebnis eventuell durch einen (Prozess-) Vergleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erreicht werden; dann ist aber die Versorgung verbindlich festgelegt und der gesetzliche Versorgungsausgleich entspricht der tatsächlichen Versorgungssituation

bb. Zweifel an der Beständigkeit

Die in den Wertausgleich einzubeziehende betriebliche Altersversorgung kann nachträglich entfallen¹. Der Gesetzgeber hat bei der Bewertung der Versorgung zutreffend nur den Fall der Befristung berücksichtigt (§ 3, 4 II BarwertVO), weil es entweder um allgemeine Risiken der betrieblichen Altersversorgung geht, die sich einer generellen Bewertung entziehen, oder richtiger Auffassung nach nur der schuldrechtliche Versorgungsausgleich eingreift. Daher scheidet auch eine Analogie zu §§ 3,4 II BarwertVO, etwa bei auflösender Bedingung, aus. Eine verbindliche richterliche Schätzung des Versorgungswertes konnte schon deshalb nicht vorgesehen werden, weil der Richter mit einer derartigen Aufgabe überfordert wäre. Das zwingt aber nicht zu einer Behandlung der Versorgung als vollwertig. Die Forderung nach einem angemessenen Ausgleich im Sinne des § 1587 o II 4 kann die Berücksichtigung von Risiken der Versorgung und damit ihre "wertgerechte" Einstellung in den Versorgungsausgleich wie oben aa. auch hier nicht verbieten. Besitzt der Arbeitgeber z.B. aufgrund der Versorgungsordnung eine einseitige Abfindungsbefugnis bei laufenden Versorgungsleistungen², so kann das den Wert der Versorgung bereits im Anwartschaftsstadium mindern und muss dieser schon jetzt nach dem Abfindungsbetrag berechnet werden können.

cc. Risiken der Realisierung

Der Anspruch auf betriebliche Altersversorgung wird als privatrechtlicher Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln gegen

1 Vgl. oben B.V.2.c., insbesondere aa. gg.

2 Vgl. nur Heubeck/Höhne, § 3 Anm.9; Höfer, § 3 Anm. 5. Siehe noch unten F.II.1.c.

den Versorgungsträger durchgesetzt (vgl. § 2 I Nr.4 ArbGG). Wenn die §§ 1587 ff. einen solchen zukünftigen Anspruch dem sofortigen und endgültigen Ausgleich unterwerfen (durch Begründung einer Einzahlungspflicht bzw. Verrechnung mit Anrechten des anderen Ehegatten), so ist das nur möglich, weil die §§ 7 ff. BetrAVG dem Gläubiger des zukünftigen Anspruchs das grösste Risiko, nämlich das der Insolvenz des Schuldners, abnehmen¹. Abgesehen davon trifft den Gläubiger aber das volle Prozessrisiko, während der Ehegatte sichere Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung erhält oder behält. Freilich ist dieses Risiko insgesamt gering und darf daher normalerweise vernachlässigt werden.

Schon frühzeitig können aber auch erhöhte Risiken erkennbar sein, die Veranlassung zu Vereinbarungen geben. Stellt man entgegen der oben vertretenen Auffassung ausländische und andere nicht insolvenzgeschützte betriebliche Altersversorgungen in den Wertausgleich ein, so kann deren Wert regelmässig niedriger angesetzt werden. Bestreitet der Arbeitgeber die zweifelsfrei gegebene Anwartschaft, so ist schon jetzt die Notwendigkeit eines späteren Prozesses abzusehen, der eine Verzögerung der Versorgung bedeuten kann und auch bei Obsiegen des Arbeitnehmers nach § 61 I 2 ArbGG zu einer Kostenbelastung führt. Der Einwand, der Arbeitnehmer müsste die Versorgungsleistungen ohnehin einklagen, greift nicht durch, weil bei einer intakten Ehe die Prozesskosten gerade gemeinsam getragen würden, damit der Sache nach von der betrieblichen Altersversorgung abgingen. Neben der Belastung für den Arbeitnehmer, überhaupt einen Prozess

1 Siehe oben B.V.2.

führen zu müssen, besteht auch hier das nicht ganz auszuschliessende Risiko, diesen doch zu verlieren, etwa aufgrund einer zwischenzeitlichen Änderung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung oder der Beweissituation. Insbesondere ein langer Zeitraum zwischen Ehescheidung und Eintritt des Versorgungsfalles kann dazu führen, dass der Arbeitnehmer wider Erwarten keine Versorgung erhält. Auch in diesen Fällen erscheint es nicht unangemessen, wenn die Ehegatten dem erhöhten Risiko durch einverständliche Bewertung Rechnung tragen. Entsprechend oben aa. liegt die Behandlung der betrieblichen Altersversorgung als verfallbar dann näher, wenn nicht nur das Prozessführungsrisiko, sondern auch die Gefahr besteht, die Ansprüche nicht durchsetzen zu können.

Brisant können (nachträglich) auch die Fälle werden, bei denen überhaupt noch kein konkretes Prozess- oder Ausfallrisiko zu erkennen ist. Hierher gehört etwa § 7 VI und vielfach auch § 7 V BetrAVG. Es bleibt wohl nur die Vereinbarung eines Rückausgleichs. Immer ist auch eine Vereinbarung dahingehend denkbar, dass der Ehegatte einen Teil der Kosten eines notwendigen Prozesses um die betriebliche Altersversorgung trägt.

dd. Wertvergleich mit gesetzlicher Rentenversicherung:
Besteuerung und Krankenversicherung

Ruhegelder der betrieblichen Altersversorgung sind nach § 19 I Nr.2, II EStG als Einkünfte aus nicht-selbständiger Arbeit zu versteuern. Steuerfrei bleibt ein Versorgungsfreibetrag in Höhe von 40 % der Bezüge, höchstens aber DM 4.800.-- im Veranlagungszeitraum. Sozialversicherungsrenten werden demgegenüber nicht vom Arbeitgeber aus dem Dienstverhältnis geschuldet oder gezahlt, haben ihren Rechtsgrund vielmehr in der vorangegangenen Beitragsleistung der Rentenempfänger. Sie sind daher steuerlich nicht nachträglicher Arbeitslohn, sondern sonstige Einkünfte

i.S.von § 2 III Nr.7, § 22 EStG¹ und nach § 22 Nr.1 Satz 3 EStG nur steuerpflichtig, soweit in den einzelnen Bezügen Einkünfte aus Erträgen des Rentenrechts enthalten sind. Der Ertrag des Rentenrechts (Ertragsanteil) ergibt sich aus der Tabelle des § 22 Nr.1 lit.a EStG, beträgt z.B. 20 %, wenn der Rentenberechtigte bei Beginn der Rente das 65.Lebensjahr vollendet hat². Damit liegt - auch unter Einbeziehung der verschiedenen Grundfreibeträge-die Besteuerung von Altersrenten der gesetzlichen Rentenversicherung gegenüber der betrieblichen Altersversorgung regelmässig erheblich niedriger³.

Diese unterschiedliche Situation konnte vom Gesetzgeber des Versorgungsausgleichs, obwohl sie ihm bekannt war⁴, nicht berücksichtigt werden, weil die Besteuerung im konkreten Fall von zu vielen Faktoren, insbesondere auch der Leistungshöhe, abhängt und damit für eine generelle Regelung zu unterschiedlich ausfällt. Das spricht dafür, die Vereinbarung von Bewertungsabschlüssen bei der betrieblichen Altersversorgung zuzulassen, wenn im Einzelfall schon erkennbar ist, wie sich die unterschiedliche Besteuerung ungefähr auswirken wird.

1 Vgl. nur BFH, Urteil vom 28.11.1975, BFH N Nr.15 zu § 19 Abs.1 EStG 1969 und neuerdings BVerfG DVBl. 1980, 835 ff., nach dem die unterschiedliche Besteuerung der Beamtenpensionen und der Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung sowie der Zusatzversorgung u.U.verfassungswidrig ist

2 Vgl.dazu BFH,Urteil vom 6.4.1976, BFH N Nr.5 zu § 22 Nr.1 Buchst.a EStG

3 Vgl. auch Zimmermann, S.410 f.und Ruland/Tiemann, RdNr.176

4 Vgl.BT-Drucks.7/4361 S.21 f.,37 und die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses am 2.und 9.Juni 1975, Zur Sache 2/76, S.23 ff. (Flume),70 f.(Friauf) sowie die Stellungnahme des Bundesministers der Justiz (a.a.O. S.241 f.).Dessen Argumentation, die Besteuerung sei keine Frage des Versorgungsausgleichs, sondern ausschliesslich des Steuerrechts, überzeugt aber nicht. Legitimes Ziel des Versorgungsausgleichs kann nur sein, den geschiedenen Ehegatten an der Versorgung des anderen zu beteiligen, nicht dagegen, ihn durch Umwandlung der Versorgungsqualität besser zu stellen

Unterschiede ergeben sich auch bei der Krankenversicherung: Der Bezieher einer Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung ist nach § 165 I Nr.3 RVO regelmässig krankenversichert, der Altersrentner der betrieblichen Altersversorgung als solcher nicht. Auch das konnte der Gesetzgeber unberücksichtigt lassen, weil die betriebliche Altersversorgung meist nicht isoliert besteht, sondern daneben § 165 I Nr.3 RVO zum Zuge kommt. Freilich gibt es Ausnahmen, z.B. bei Versicherungsfreiheit nach Art.2 § 1 AnVVG, §§ 1228 ff. RVO, bei den Personen, die als Selbständige nach § 17 I 2 BetrAVG eine Versorgungszusage erhalten haben (oben B.II.3.a.), und vor allem bei Angestellten, die wegen Überschreitens der Verdienstgrenze des § 165 I Nr.2 RVO überwiegend nicht einer gesetzlichen Krankenversicherung angehört haben und auch nicht die erforderliche Zeit mit einem Mitglied verheiratet waren (vgl. § 165 I Nr.3 a n.F. RVO). In diesen Fällen, die sich häufig bereits im Scheidungsverfahren abzeichnen, ist eine niedrigere Bewertung der betrieblichen Altersversorgung angemessen, weil im praktischen Ergebnis die Kosten für eine Krankenversicherung noch von ihr abgehen.

ee. Leistungsumfang

Schliesslich kann auch ein unterschiedlicher Leistungsumfang gegenüber der gesetzlichen Rentenversicherung gegeben sein, dessen Bewertung Schwierigkeiten bereitet. Zwar unterscheidet die BarwertVO in ihrem § 2 durchaus zwischen reinen Altersversorgungen und Versorgungungen, die auch Berufs- und Erwerbsunfähigkeit einbeziehen¹. Dennoch kommen Unterschiede im Leistungsumfang gerade bei Invalidität in Betracht (oben B.II.2.b), die

¹ Unzutreffend daher insoweit Maier, MÜKo, § 1587 a Anm.342 und Rolland, § 1587 a Rdnr.118, der im übrigen das Problem aber zutreffend sieht

eine individuelle Bewertung erlauben. Zu den Fällen, bei denen die Leistung (z.B. in bezug auf die Form, oben B.II.4.) so sehr abweicht, dass eine Ermittlung des Barwertes mit Hilfe der BarwertVO nicht möglich ist, siehe unten 4.

b. Bemessungsgrundlagen

Vereinbarungen können aus einer Ungewissheit über Bemessungsgrundlagen resultieren, z.B. wenn die Höhe des für die Betriebsrentenanwartschaft massgebenden Verdienstes streitig ist und einverständlich festgelegt wird. Da es nicht unangemessen (§ 1587 o II 4) ist, wenn die Parteien Zweifel nach rationalen Kriterien (Wahrscheinlichkeit, Beweislast) einvernehmlich ausräumen, steht den Ehegatten auch hier ein zusätzlicher Vereinbarungsspielraum zu.

Nach den §§ 1587 a II Nr.3 a a.E., 1587 a II Nr.3 b werden die Bemessungsgrundlagen im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags bzw. des Endes der Betriebszugehörigkeit zugrundegelegt. Seitdem eingetretene Veränderungen oder auch nur die Wahrscheinlichkeit ihres künftigen Eintritts werfen die Frage auf, ob die gesetzliche Bewertung wirklich angemessen ist oder modifiziert werden kann. Beispiel: Der Arbeitnehmer besitzt ein unverfallbares Anrecht auf eine Betriebsrente, deren Höhe vom letzten Gehalt abhängt. Während des Scheidungsverfahrens sinkt sein Gehalt stark ab¹ oder lässt sich ein Absinken bereits vorhersehen. Die Betriebsrente wird dann niedriger sein als im gesetzlichen Versorgungsausgleich vorausgesetzt. Das lässt sich nicht etwa mit dem Argument rechtfertigen, die Entwicklung der Anwartschaft müsse mit dem Ehezeitende als abgeschlossen angesehen werden. Der Grundgedanke des

¹ Vgl. den Fall BGH Betrieb 1979, 2475 f.

§ 1587 a II Nr.3 a letzter Halbsatz geht zwar dahin, "das in der Ehezeit Erworbene" auszugleichen, steht damit aber der Berücksichtigung der nachträglichen Feststellung, dass in der Ehezeit in Wahrheit weniger oder nichts erworben wurde, nicht entgegen. Entwickeln sich die Bemessungsgrundlagen der Anwartschaft nachträglich "unplanmässig", so ist es m.E. unbillig, dass das Risiko allein den Inhaber der Anwartschaft trifft¹. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Entwicklung ohne sein Verschulden eintritt, vielleicht sogar in der Berufslaufbahn angelegt war, etwa der Manager, der mit 58 Jahren aus dem Berufsleben ausscheidet, eine relativ höhere Versorgung erhalten soll, als wenn er bis zum Alter von 65 Jahren (mit niedrigeren Bezügen) weiterarbeitet. Sind solche Veränderungen des Anwartschaftswertes eingetreten oder abzusehen, steht nichts entgegen, eine entsprechende einverständliche Bewertung vorzunehmen.

Vereinbarungen können auch daran anknüpfen, dass eine zugesagte Versorgung familienbezogene Bestandteile enthält, die bei der Wertberechnung generell ausscheiden (§ 1587 a VIII). Die Ausklammerung ist im Regelfall angemessen, weil es sich nicht um dauerhafte Versorgungsbestandteile handelt² und sie einer besonderen Zweckbestimmung unterliegen, kann aber auch zu Härten führen. Lautet etwa die Versorgungszusage dahin, dass der nicht verheiratete Ruheständler nur 60 % der Versorgung eines verheirateten erhält, so ist nicht einzusehen, warum bei Wiederheirat des Arbeitnehmers ein Grossteil der vollen Versorgung nicht ausgleichspflichtig sein soll; damit würde die Ehefrau, mit der der Arbeitnehmer während seines aktiven

¹ Das Problem stellt sich freilich wegen § 2 V BetrAVG nur für den im Betrieb verbliebenen Arbeitnehmer. Siehe im übrigen auch oben a., etwa zum Problem des nachträglichen Widerrufs

² Maier, MüKo, § 1587 a Anm.405

Arbeitslebens verheiratet und für die zusätzliche Versorgung "bestimmt" war, gegenüber der zweiten Ehefrau zu Unrecht benachteiligt. Dieser Gesichtspunkt kann, etwa wenn die Wiederverheiratung des ausgleichspflichtigen Ehegatten wahrscheinlich ist, bei der Bewertung der Anwartschaft berücksichtigt werden. Auch die Vereinbarung einer schuldrechtlichen Ausgleichung des überschüssenden Versorgungsteils liegt vielfach nahe.

c. Gesamtversorgungssysteme

Bei einer Gesamtversorgung, also einer Versorgung, deren Höhe von der Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung abhängt, bereitet es meist erhebliche Schwierigkeiten, die in der Ehezeit erworbene Anwartschaft zu bestimmen. Reduziert sich etwa laut Versorgungszusage die Betriebsrente jeweils um den aus der gesetzlichen Rentenversicherung gewährten Rentenbetrag, der 16.800.-- DM pro Jahr überschreitet¹, so ist häufig ungewiss, ob und in welcher Höhe eine Reduzierung der betrieblichen Altersversorgung erfolgen wird. Die Höhe der in der Ehezeit erworbenen Anwartschaft hängt entscheidend von dem weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses ab, kann sich bei Fortbestand des Arbeitsverhältnisses sogar verringern. Die Versorgung bezweckt u.U. gerade, in erster Linie den Arbeitnehmer zu sichern, der noch keine als ausreichend angesehene Anwartschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung erworben hat (und steht damit der Sache nach zwischen Altersversorgung und Invaliditätsversorgung, ohne dass dies bei der Bewertung berücksichtigt würde). Aber auch sonst, etwa bei Zusagen auf eine unter Einbeziehung der Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung an die Beamtenversor-

¹ So im Fall von AG Ulm NJW 1978, 2037 f.

gung angelehnte Versorgung¹, ist die gerechte Bewertung ohne Kenntnis der weiteren Entwicklung kaum möglich. Zieht man von dem auf die Ehezeit entfallenden Teil der Gesamtversorgung die während der Ehezeit erlangte Rentenanwartschaft der gesetzlichen Rentenversicherung ab², so ist wegen des unterschiedlichen Anwachsens der beiden Bestandteile der Gesamtversorgung die "Momentaufnahme" im Zeitpunkt der Ehescheidung mehr oder weniger zufällig. Wird nämlich das Arbeitsverhältnis fortgesetzt, steht die Bewertung nicht mit § 1587 a II Nr.1, Nr.3 in Einklang, der durch das Abstellen auf eine Gesamtzeit ein lineares Anwachsen der Anwartschaft fingiert. Diesem Bedenken lässt sich dadurch Rechnung tragen, dass man eine auf den Zeitpunkt der Altersgrenze hochgerechnete Rente der gesetzlichen Rentenversicherung von der Gesamtversorgung abzieht und bei der so ermittelten fiktiven Zusatzversorgungsrente eine Kürzung im Verhältnis von Ehezeit zur Gesamtzeit vornimmt³. Doch ist diese Berechnungsweise nur dann gerecht, wenn das Arbeitsverhältnis bis zum Eintritt des Versorgungsfalles (unverändert) fortbesteht. Endet es bald nach der Ehescheidung, so wird die in der Ehezeit tatsächlich erworbene Versorgung z.B. über dem errechneten Wert liegen, wenn wegen eines zunächst schnelleren Anwachsens der Zusatzversorgung der Anteil der betrieblichen Altersversorgung an der Gesamtversorgung mit der Zeit absinkt.

1 So gestaltet ist z.B. die Zusage der VBL auf Versorgungsrente nach § 4o der Satzung der VBL

2 Rechtsanwenderbroschüre, S.238; OLG Bamberg NJW 1980, 59 ff., 6o ff.; zuletzt OLG Hamm NJW 1980, 2357 ff. m.w.Nachw.

3 Voskuhl/Pappai/Niemeyer, Teil II A Betriebliche Altersversorgung II 9 b 4 b D (S.163 f.); Ruland/Tiemann, Rdnr.293 ff.; vgl. auch Trey, NJW 1978, 3o7 ff., insbes.3o8, Glockner, BB 1979, 684 ff., 686 f. sowie AG Bonn NJW 1979, 318 ff., 319 mit Nachw. Ausführlich zu allen bisher vorgeschlagenen Berechnungsmethoden auch Maier, MüKo, Ergänzung zu § 1587 a Anm.2o4, dessen Beispiele die erheblichen Unterschiede im Ergebnis der Bewertung aufzeigen.Vgl. aber auch OLG Schleswig NJW 1980, 2359 ff., 236o

Eine in jedem Falle zutreffende Bewertungsmethode existiert nicht. Der Vorschlag, je nach Fallgestaltung die eine oder andere Berechnung anzuwenden, erscheint aus Gründen der Gleichbehandlung wenig akzeptabel¹. Er kann aber für die Vereinbarungsbefugnis der Ehegatten fruchtbar gemacht werden. Wenn die sinnvolle Berechnungsart von der weiteren Entwicklung abhängt, sollte es den Ehegatten überlassen bleiben, die eine oder andere Methode anzuwenden, aber auch Zwischenlösungen, die dem Gericht verschlossen sind, etwa in Form eines Risikoabschlages, zu wählen. Denn die Ehegatten sind am ehesten dazu in der Lage, eine Prognose über die weitere Entwicklung des in Frage stehenden Arbeitsverhältnisses abzugeben.

3. Festlegung von für die Bewertung relevanten Zeiträumen und Zeitpunkten

a. Feste Altersgrenze einer Versorgungsregelung

Nach § 1587 a II Nr.3 a wird bei andauernder Betriebszugehörigkeit die auszugleichende Versorgung dadurch ermittelt, dass die insgesamt erreichbare volle Versorgung zugrundegelegt und im Verhältnis Betriebszugehörigkeit während der Ehe zur insgesamt möglichen Betriebszugehörigkeit gekürzt wird. Dabei geht das Gesetz von einer in der Versorgungsregelung vorgesehenen festen Altersgrenze aus.

1 Vgl. Maier, a.a.O. gegen Zimmermann, S. 272 f. Siehe auch Glockner/Böhmer, S.90 und 103, die verschiedene Berechnungsarten als "denkbar" bezeichnen. Vgl. auch Ahrend/Förster/Rössler, S.158 f., die zu Recht auch auf die Konjunkturabhängigkeit des fiktiven Renteneinkommens hinweisen und nachteilige Auswirkungen auf das Arbeitsklima befürchten (S.34). Nicht richtig ist aber, wenn Ahrend/Förster/Rössler (S.157) bei der Gesamtversorgung die Betriebsrente von der Sozialversicherungsrente nach einem Splitting abhängig machen (und dann mit einem einseitigen Abänderungsrecht des Arbeitgebers helfen müssen)

Diese Berechnungsweise unterscheidet sich gegenüber der des § 1587 a II Nr.3 b bei beendeter Betriebszugehörigkeit grundsätzlich nicht: Das gilt zunächst, wenn der Wert der Anwartschaft nach der Versorgungsregelung linear steigt, weil dann die erworbene Versorgung i.S.des § 1587 a II Nr.3b ein direktproportionaler Teil der erreichbaren vollen Versorgung ist. Es gilt regelmässig aber auch, wenn die Anwartschaft nach der Versorgungsregelung nicht linear steigt, weil sich die erworbene Versorgung nach § 2 BetrAVG richtet, der bei einem Ausscheiden vor Erreichen der Altersgrenze für den Teilanspruch des Arbeitnehmers ein lineares Anwachsen fingiert. Für Vereinbarungen über die feste Altersgrenze einer Versorgungsregelung besteht daher auch in dieser zweiten Fallgruppe regelmässig kein Bedürfnis; mit ihnen würde nicht die erworbene, sondern eine fiktive Versorgung ausgeglichen, gleichgültig wie lange der Arbeitnehmer noch im Betrieb verbleibt.

Probleme wirft die nichtlineare Versorgung aber dann auf, wenn der Arbeitnehmer entgegen dem Regelfall des § 2 BetrAVG vertraglich besser gestellt ("mindestens")¹ oder durch Tarifvertrag (§ 17 II BetrAVG) schlechter gestellt ist. Hier die feste Altersgrenze der Versorgungsregelung zugrunde zu legen, erscheint unangemessen, weil der Arbeitnehmer bei einem vorzeitigen Ausscheiden eine höhere oder geringere als die nach § 1587 a II Nr.3 a errechnete Teilversorgung erhält. Eine vertragliche Festlegung der Altersgrenze ist zunächst dann sinnvoll, wenn die Versorgungszusage eine feste Altersgrenze nicht vorsieht². Es

1 Die Anwartschaft ist nicht etwa schon ohne vertragliche Regelung nach § 1 I BetrAVG so zu berechnen, als sei im Zeitpunkt des Ausscheidens des Arbeitnehmers der Versorgungsfall eingetreten: BAG BB 1979, 1663 f. mit umfangreichen Nachweisen und zustimmender Anmerkung von Förster gegen Finke, BB 1975, 1070 ff.

2 Siehe oben B.II.2.a.aa(1)

- wäre nicht ohne weiteres gerechtfertigt, eine Altersgrenze von 65 Jahren (vgl. § 2 BetrAVG) anzunehmen. Näher liegt es schon, das durchschnittliche Pensionierungsalter für die entsprechenden Arbeitnehmergruppen (im Betrieb) zu wählen. - Ist der Arbeitnehmer im Entscheidungszeitpunkt, aber nach Rechtshängigkeit, bereits aus dem Unternehmen ausgeschieden, steht sein Ausscheiden bevor, wird er (wahrscheinlich) eine vorgezogene Altersgrenze in Anspruch nehmen oder über die vorgesehene Altersgrenze hinaus arbeiten, so führt § 1587 a II Nr.3a zum "unrichtigen" Ergebnis. In diesen Fällen bestehen keine Bedenken gegen eine Vereinbarung, welche an die Stelle der festen Altersgrenze den (voraussichtlichen) Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Unternehmen setzt; denn der Zweck des § 1587 a II Nr.3a, bei ungleichmässiger Wertsteigerung der Anwartschaft nicht den unter- oder überdurchschnittlichen realen Wertzuwachs in der Ehezeit, sondern einen auf die Gesamtzeit bezogenen durchschnittlichen Wertzuwachs auszugleichen, wird nur erreicht, wenn der Arbeitnehmer bis zu der festen Altersgrenze im Betrieb verbleibt. Hat z.B. die Ehezeit 10 und die Betriebszugehörigkeit 15 Jahre bestanden und wird die Altersgrenze in weiteren 15 Jahren erreicht, so wäre es zulässig, statt einem Drittel der Endversorgung (§1587 a II Nr.3a) zwei Drittel der bei alsbaldigem Ausscheiden erworbenen Versorgung auszugleichen (wobei auch - entsprechend Nr.3 b - die Bemessungsgrundlagen im Zeitpunkt des Ausscheidens zugrundegelegt werden können). M.E. ist es auch angemessen (§ 1587 o II 4), den Ehegatten die Prognose über ein zukünftiges Ausscheiden zu überlassen. Die Annahme, der Arbeitnehmer werde bis zu der vorgesehenen Altersgrenze im Betrieb verbleiben, kann nicht als zwingend angesehen werden. Sie liegt nicht einmal der gesetzlichen Berechnungsweise zugrunde, die von § 2 BetrAVG ausgeht. Vielmehr muss die Wertermittlung unter veränderten Umständen für einverständliche Änderungen offen sein.

- b. Betriebszugehörigkeit, Dauer der Tätigkeit für ein Unternehmen (§ 17 I 2 BetrAVG), gleichgestellte Zeiten

aa. Ungeklärte Zeiträume

Vereinbarungen kommen in Betracht, wenn die Dauer der Betriebszugehörigkeit zweifelhaft ist. Die tatsächliche Arbeitsaufnahme liegt z.B. später als der vereinbarte Beschäftigungsbeginn¹, die Anrechnung von Vordienstzeiten ist nicht geklärt², die Festlegung des Beginns der Tätigkeit für ein Unternehmen (§ 17 I 2 BetrAVG) macht Schwierigkeiten, weil aus zunächst ganz vereinzelter Aufträgen erst langsam eine engere Zusammenarbeit geworden ist. Aus den oben 2.a.aa. genannten Gründen ist der Zwang zu einem Rechtsstreit über die Vorfrage vielfach sinnlos und sollte die Möglichkeit einer späteren gütlichen Einigung mit dem Arbeitgeber nicht aus Anlass des Versorgungsausgleichs versperrt werden. Auch die verbindliche Entscheidung des Familiengerichts befriedigt nicht, weil sie sich als unrichtig herausstellen kann. Eine Einigung zwischen den Ehegatten unter angemessener Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes ist demgegenüber vorzugswürdig.

1 Vgl. Heubeck/Höhne, § 1 Anm.132, die grundsätzlich vom vertraglich vereinbarten Beginn ausgehen und erst eine Verhinderung von mehr als 3 (?) Monaten als für den Beginn der Betriebszugehörigkeit bedeutsam ansehen; vgl. weiter etwa zum Problem der Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit a.a.O. Anm.184 ff.

2 Vgl. hierzu nur Heubeck/Höhne, § 1 Anm.140 ff.; § 2 Anm.33; zur Auslegung von Anrechnungsklauseln BAG AP Nr.3 zu § 242 BGB Ruhegehalt - Beamtenversorgung

bb. Unterschiedliche "Qualität"

§ 1587 a II Nr.3 nimmt die Zeit der Betriebszugehörigkeit als Masstab für den auszugleichenden Versorgungsteil; dabei wird diese als Einheit gewertet. Stellt die Betriebszugehörigkeit im Einzelfall aber tatsächlich keine Einheit dar, ist sie vielmehr schon aufgrund ihrer "Struktur" für die Versorgungszusage von unterschiedlicher Bedeutung, so führt das Gesetz m.E. zu nicht gerechtfertigten Ergebnissen. Besonders deutlich wird das in dem - freilich konstruierten - Fall, dass der Arbeitnehmer nach mehrjähriger Betriebszugehörigkeit die Tochter des Unternehmers heiratet, um mehrere Positionen aufsteigt und dadurch eine Versorgungszusage erhält, die er bei "gewöhnlichem" Werdegang nicht erhalten hätte. Hier beruht die Versorgungszusage gerade nicht auf der früheren, sondern allein auf der höherwertigen Tätigkeit nach der Heirat. Ähnlich liegt es, wenn man die Tätigkeit für ein Unternehmen i.S. des § 17 I 2 BetrAVG mit der erstmaligen Beauftragung des Versorgungsberechtigten beginnen lässt¹, eine eigentliche Zusammenarbeit aber erst später entsteht. Nicht hierher gehören aber die Fälle, in denen eine Versorgungsregelung z.B. nur für Arbeitnehmer über 35 Jahre gilt, oder wenn bestimmte Zeiten der Betriebszugehörigkeit, z.B. Ausbildungszeiten², für die Versorgung nicht berücksichtigt werden. Die Vorstellung des Gesetzes, dass die Versorgung auch auf diesen Zeiten beruht, ist hier nicht von der Hand zu weisen und muss daher auch für den Versorgungsausgleich Gültigkeit haben.

1 So Heubeck/Höhne, § 17 Anm.59; vgl. auch Höfer, § 17 Anm.19 ff.

2 Dazu, dass die Ausbildungszeiten zur Betriebszugehörigkeit i.S. von §§ 1, 2 BetrAVG zählen, Heubeck/Höhne, § 1 Anm.137; § 2 Anm.30 ff.; Höfer, § 1 Anm.86; § 2 Anm.15 ff.

Eine entsprechend einschränkende Auslegung von "Betriebszugehörigkeit" in § 1587 a II Nr.3 erscheint nicht möglich. Es bedarf daher der Vereinbarung, um die in dem bezeichneten Sinne strukturell unerhebliche Betriebszugehörigkeit auszuklammern. Im ersten Beispielsfall würde etwa die gesamte bis zur Scheidung erworbene betriebliche Altersversorgung ~~ausgleichs-~~pflichtig, ein nach dem Grundgedanken des Versorgungsausgleichs angemessenes Ergebnis. Fällt im zweiten Beispiel die Ehezeit in die Zeit der nur sporadischen Tätigkeit so wäre der Verzicht auf einen Ausgleich zulässig; der schematische Ausgleich berücksichtigt nicht, dass in dieser Zeit nicht mit Versorgung zu rechnen war und dementsprechend anderweitige (ausgleichspflichtige) Vorsorge besteht bzw. getroffen wird. Dagegen ginge es z.B. nicht an, dem Arbeitnehmer-Ehegatten den (schuldrechtlichen) Versorgungsausgleich zu versagen, weil der Arbeitnehmer bei Rechtshängigkeit der Scheidung noch nicht 35 Jahre alt war und die Betriebszugehörigkeit bis dahin nicht zu einer Versorgung führen kann¹.

c. Dauer der Ehezeit

Die Ehezeit (§ 1587 II) scheint als "feste Grösse" nicht der Vereinbarungsbefugnis zu unterliegen. Mit dieser Auffassung würde man aber verkennen, dass auch die Ehezeit nur einen Faktor des im Rahmen von § 1587 o dispositiven gesetzlichen Versorgungsausgleichs darstellt und dass die gesetzliche Regelung über die Ehezeit nicht immer dem Grundgedanken des Versorgungsausgleichs entsprechende Ergebnisse zur Folge hat.

¹ Vgl. auch oben B.III.3.b. zur gesetzlichen Ausgleichspflicht (Aussicht auf Versorgung)

Vereinbarungen über die Dauer der Ehezeit werden regelmässig an die Fälle der §§ 1587 c, h und des Art. 12 Nr.3 III 3 1.EheRG anknüpfen. Sie sind jedenfalls dann zulässig, wenn mit ihnen keine grösseren Abweichungen vom gesetzlichen Versorgungsausgleich verbunden sind oder tatsächliche Zweifel über das Vorliegen der genannten Bestimmungen in angemessener Weise ausgeräumt werden. M.E. ist es auch zulässig, Zeiten des Getrenntlebens aus der Ehezeit auszuklammern, da von partnerschaftlicher Lebensleistung (oben B.I.1.b.) hier nicht mehr die Rede sein kann. Das gilt insbesondere bei einverständlicher Trennung, welche mit Neubeginn auf beiden Seiten verbunden ist. Von Bedeutung kann etwa auch sein, ob eine Unterhaltsleistung über § 1361 hinaus zur Finanzierung einer Altersversorgung geeignet war. Wenn Art.12 Nr.3 III 3,4 1.EheRG bei Alteen unter bestimmten Voraussetzungen zulässt, den Ausgleichsanspruch für die Trennungszeit bis auf die Hälfte herabzusetzen, so ist das keine verbindliche Interpretation von "Angemessenheit", sondern nur ein Kompromiss zwischen dem Zweck, dem geschiedenen Ehegatten eine eigenständige soziale Sicherung zu verschaffen, und der an sich fehlenden inneren Rechtfertigung des Versorgungsausgleichs. Es kommt auch nicht darauf an, ob sich die Vereinbarung zu Gunsten des Berechtigten oder des Verpflichteten auswirkt. In Betracht kommt weiter die Vereinbarung, dass Zeiten einer Unterhaltspflichtverletzung nicht als Ehezeit gelten sollen, und zwar unabhängig von der Person des Berechtigten, wenn nur der pflichtverletzende Ehegatte in dieser Zeit geringere Anwartschaften als der andere erworben hat. Bei besonders grober Pflichtverletzung lässt sich die Ehezeit für einzelne oder sämtliche Anwartschaften allein des letzteren auf die Zeit beiderseitiger Pflichterfüllung beschränken. Hat etwa der gut verdienende Ehemann seine nur mässig verdienende Ehefrau den Familienunterhalt allein bestreiten lassen,

so kann es unter Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Beeinträchtigung durchaus angemessen sein, wenn sie nicht auch noch die dabei verdienten Versorgungsanwartschaften ausgleichen muss. Dem steht nicht entgegen, dass § 1587 c Nr.3 nur die Pflichtverletzung des Berechtigten regelt, weil der zugrunde liegende Billig- und Gerechtigkeitsgedanke¹ durchaus auch diese Fälle trifft.

Die genannten Vereinbarungen führen bei betrieblicher Altersversorgung im Ergebnis - wie oben a. und b. - zu einer wegen § 2 BetrAVG auch angebrachten linearen Herabsetzung der auszugleichenden Anwartschaft (§ 1587 a II Nr.3). Berechnungsprobleme wie in den analogen Fällen bei Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung² bestehen daher nicht. Keine Rolle spielt auch der Zeitpunkt der Versorgungszusage, weil die Versorgung nach der gesetzlichen Wertung mit Rücksicht auf die gesamte Betriebszugehörigkeit gewährt wird. Fällt also die Versorgungszusage bereits mit der "gestörten" und deshalb ausgeklammerten Ehezeit zusammen, so gilt nichts Besonderes. Ein Beispiel soll das verdeutlichen: Nach jeweils 10-jähriger Ehezeit sowie Betriebszugehörigkeit des A wendet sich Ehegatte B auf Dauer von der Ehe ab. A sorgt ab sofort allein für den Familienunterhalt. Er steigt nach verstärkter Weiterbildung einige Jahre später im Betrieb auf und erhält eine Versorgungszusage. Nach weiteren vier Jahren wird Antrag auf Scheidung gestellt; A scheidet aus dem Betrieb aus. - Gemäss § 1587 a II Nr.3 b müsste er die erworbene Versorgung voll ausgleichen. § 1587 c Nr.3 führt (nicht immer) zu einer Herabsetzung des Ausgleichs nach Billigkeit ohne deutlich erkennbaren Masstab³. Wird die

1 Vgl.nur Maier, MÜKo, § 1587 c Anm.2

2 Siehe dazu Smolenski/Schmeiduch, NJW 1979, 301 f.

3 Ruland/Tiemann, Rdnr.476; Maier, Versorgungsausgleich § 1587 c Anm.1 und 4; Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1587 c Anm.IV 5 (S.58); Rolland, § 1587 c Anm.28 ff. Vgl. auch § 1381 I, II für den Zugewinnausgleich

Ehezeit einverständlich auf die ersten zehn Ehejahre beschränkt, so kommt es zu einer verhältnismässigen Herabsetzung des Ausgleichs, nicht zu seinem Abschluss, da vom Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung aus gesehen in der Ehezeit unverfallbare Anwartschaften erworben worden sind (§ 1587 a II Nr.3 S.3 und oben B.IV.1.c.). U.U. können die Ehegatten die Versorgung aber auch ganz ausklammern: wenn die Annahme, mit dem Aufstieg im Betrieb beginne eine "neue" Betriebszugehörigkeit, die von der früheren unabhängig sei, eine angemessene Wertung darstellt (oben b. bb.).

4. Ermittlung des Barwertes nach der Barwertverordnung

a. Volldynamische Versorgungungen

aa. Begriff

Während volldynamische Versorgungungen unmittelbar in den Versorgungsausgleich eingestellt werden, unterliegen die anderen Versorgungungen der Umrechnung durch die BarwertVO (§ 1587 a IV i.V.m. III 1 und § 1 I 2, erster Halbsatz BarwertVO) und werden dadurch erheblich niedriger bewertet. Die Frage, ob eine auszugleichende Versorgung der betrieblichen Altersversorgung als statisch (halbdynamisch) oder volldynamisch einzustufen ist, hat daher für die Ehegatten grosse Bedeutung. Massgebend ist nach der Formulierung des Gesetzes, ob der Wert der Versorgung in gleicher oder nahezu gleicher Weise steigt wie der Wert von Rentenanwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung oder von Versorgungsanwartschaften der Beamtenversorgung. Eine solche Wertsteigerung muss nach dem Sinn des Gesetzes sowohl im Anwartschafts- wie im Versorgungsstadium

gegeben sein (vgl. § 1272 RVO, §§ 14, 7o BeamtVG)¹. Schon deshalb genügt die nur auf laufende Leistungen bezogene² Anpassungsverpflichtung des Arbeitgebers nach § 16 BetrAVG nicht. Aber auch die Anpassung der Versorgungsleistungen selbst ist nicht dynamisch³: Vor allem ist die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers zu berücksichtigen, so dass der Ausgleich des vollen Kaufkraftverlustes keineswegs garantiert ist⁴. Zudem ist der Dreijahresrhythmus für den Arbeitnehmer ungünstiger⁵ und tendiert das BAG zu einer sog.

1 BR-Drucks.191/77 S.12; Maier, MüKo, § 1587 a Anm.344, 358; Palandt/Diederichsen, Anh.II zu § 1587 a, § 1 BarwertVO Anm.2 b bb

2 BAG AP Nr.5 zu § 16 BetrAVG = Betrieb 1977,1903 ff., 1906

3 So ausdrücklich Bastian/Körber, § 1587 a Anm.110; Zimmermann, S.413

4 Vgl. etwa BAG BB 1980,417 ff.,418 f. unter II: Vgl. auch die Stellungnahme der ABA zur wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers im Rahmen der Anpassungsprüfung, BetrAV 1980,156 ff. Für die erste nach Inkrafttreten des § 16 BetrAVG durchzuführende Anpassung hat nach BAG AP Nr.5 zu § 16 BetrAVG=Betrieb 1977, 1903 ff.,1907 f.im allgemeinen schon der hälftige Ausgleich der Teuerung genügt;dazu Sonne, S.381 ff., 388 ff. Diese Einschränkung wird für die zweite Anpassung nicht mehr gemacht (BAG BB 1980,263 f.gegen eine Reihe von Literaturstimmen).-Auch bei Zugrundelegung der Meinung von Schulin, es komme allein die Anpassung gem. der Einkommensentwicklung der aktiv Beschäftigten im Betrieb (sog.betriebsbezogene Dynamisierung) in Betracht (ZfA 1979,139 ff.,163 ff., 169 ff.),ist wohl nicht anders zu entscheiden, weil damit sehr unterschiedliche und von der allgemeinen Entwicklung abweichende Ergebnisse verbunden sein können.Zudem geht es wohl zu weit, dass die betriebsbezogene Dynamisierung im Regelfall der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers ausreichende Rechnung tragen soll (so aber Schulin,a.a.O.S.171f.);denn das jeweilige Lohnniveau ist angesichts der im grossen Umfang vorgegebenen Arbeitsbedingungen (z.B. durch Tarifverträge) gerade nicht Spiegelbild der tatsächlichen Leistungskraft eines Betriebes

5 So verlangt Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1587 a Anm. IV 1 mindestens zweijährige Anpassung

relativen Obergrenze¹ der Gesamtversorgung. Doch setzt § 16 BetrAVG nur Mindestmasstäbe (vgl. § 17 III 3 BetrAVG); die Anpassung kann also freiwillig oder auf vertraglicher Grundlage in vielfältiger Weise² verbessert werden.

bb. Vereinbarungen

Grundsätzlich erscheint es nicht angemessen, wenn die Ehegatten die nur gesetzlicher Anpassung unterliegende betriebliche Altersversorgung als volldynamisch behandeln. Zu berücksichtigen ist aber, dass nichtvolldynamische Versorgungen einer volldynamischen Versorgung im Wert oft erheblich näher kommen als einer statischen Versorgung, von welcher die BarwertVO ausgeht und die wie die private Rentenversicherung keinerlei Anpassung unterliegt. Dass der Versorgungsausgleich nur die Kategorien volldynamisch oder nichtvolldynamisch (= statisch) kennt,

1 BAG BB 1980, 419 f. im Anschluss an Heubeck, Betrieb 1978, 345 ff. Demnach braucht die Gesamtversorgung das fortgeschriebene vergleichbare Aktiveneinkommen in dem bei der Pensionierung erreichten Versorgungsprozentsatz nicht zu überschreiten; dazu ausführlich Heubeck, Betrieb 1980, 831 ff. Dagegen hat das BAG (BB 1980, 417 ff.; vgl. aber auch BAG AP Nr. 5 zu § 16 BetrAVG = Betrieb 1977, 1903 ff., 1906 f.) eine sog. absolute Obergrenze abgelehnt: Es steht der Anpassungspflicht nicht entgegen, dass die Versorgungsbezüge insgesamt bereits dem Nettoeinkommen eines vergleichbaren aktiven Arbeitnehmers entsprechen

2 Vgl. nur Heubeck/Höhne, § 16 Anm. 210 ff. mit Nachw.; auf den tarifvertraglichen Gestaltungsspielraum weist zutreffend Schulin, ZfA 1979, 139 ff., 180 hin. Zu den unterschiedlichen Ausgestaltungen der Versorgungszusage und der darin liegenden unterschiedlichen Dynamisierung sogleich bb.

mithin die tatsächliche Verschiedenheit der Dynamisierung der Versorgung nicht berücksichtigt¹, bedeutet nicht, dass der gesamte Bereich der nichtvollldynamischen Versorgung zwingend als statische Versorgung behandelt werden müsste. Vielmehr ist es unabhängig von der Suche nach allgemeinen Lösungen² angemessen, wenn die Ehegatten eine ihrer Versorgung angepasste individuelle Zwischenlösung finden. Das gilt z.B. bei gehaltsabhängigen Zusagen. Wird eine Altersversorgung in Höhe von 15 % des letzten Gehalts zugesagt, so ist die Versorgung im Anwartschaftsstadium, solange das Arbeitsverhältnis besteht, regelmässig dynamisch. Wegen der späteren Anpassungspflicht nach § 16 BetrAVG lässt sie sich zwar nicht insgesamt als volldynamisch charakterisieren. Dennoch kommt die genannte Zusage etwa bei einem 35-jährigen Facharbeiter mit 3.000.--DM Monatseinkommen offenbar näher an eine volldynamische Versorgung heran³ als an die nach dem Gesetz gleich bewertete statische Versorgung bei einer Zusage auf den Festbetrag von DM 450.--, bei der u.U. noch die Anpassung gemäss § 17 III 1,2 BetrAVG tarifvertraglich abbedungen ist. Die Ehegatten dürfen hier m.E. die unmittelbare Einstellung der Versorgung in den Versorgungsausgleich vereinbaren, wenn dies den Arbeitnehmer weniger benachteiligt als die gesetzliche Regelung ihn bevorzugt⁴.

1 Darauf weist zu Recht Glockner, BB 1979,684,686 hin

2 Auch dazu andeutungsweise Glockner, a.a.O.

3 Siehe etwa das entsprechende Bewertungsbeispiel bei Maier, MüKo, § 1587 a Anm.206 ff. Die Umrechnung durch die BarwertVO führt hier offenbar zu einer krassen Unterbewertung: Statt 131,50 DM werden nur 18,24 DM ausgedrückt, obwohl die Anwartschaft des Arbeitnehmers praktisch während der gesamten Anwartschaftszeit dynamisiert sein kann

4 Wobei freilich der weitere Bestand des Arbeitsverhältnisses eine Unsicherheit bedeutet, die zu berücksichtigen ist. Vgl.auch oben III.5 und IV.2.

Sie können aber auch einen Mittelweg wählen, etwa eine schuldrechtliche Ausglei-
chung (vgl. § 1587 g II) oder eine angemessene Ände-
rung der Kapitalisierungsfaktoren der BarwertVO ver-
einbaren¹. Ähnlich liegt es, wenn das nichtvolldyna-
misierte Anwartschaftsstadium voraussichtlich nur
noch kurze Zeit dauern wird und die laufenden Lei-
stungen dynamisiert sind. Bereits die Auslegung hat
nicht rein formal den Versorgungstypus zugrunde zu
legen, sondern auch den Zeitablauf zu berücksichti-
gen; dabei bleibt ein Vereinbarungsspielraum.

Nicht sachgerecht kann die gesetzliche Bewertung auch
dann sein, wenn bereits eine Versorgungsleistung er-
bracht wird oder kurz bevorsteht, welche allein der
Anpassungspflicht nach § 16 BetrAVG unterliegt, oder
wenn über § 16 BetrAVG hinaus auch die Anwartschaft
entsprechend angepasst oder wenigstens der Kaufkraft-
verlust während der Anwartschaftszeit bei der Anpas-
sung berücksichtigt² wird. Bei vollem Ausgleich des
Kaufkraftverlustes im Dreijahresrhythmus käme die
Versorgung näher an eine dynamische als an eine sta-
tische Versorgung heran. Denn auch die Versorgungs-
an denen sich "dynamische Versorgung" orientiert,
garantieren auf Dauer keineswegs eine (wesentlich) da-
rüberhinausgehende Steigerung³, und der Anpassungs-

1 Siehe unten b. und c.

2 BAG AP Nr.5 zu § 16 Betr AVG = Betrieb 1977,1903
ff., 1906

3 Vgl. Art.1 §§ 1-8 und Art.2 § 4 des 21.Rentenanpas-
sungsgesetzes vom 25.7.1978 (BGBl.I 1978 S.1089) zur
Anpassung der Renten aus der gesetzlichen Renten-
versicherung und zur Festlegung der allgemeinen Be-
messungsgrundlage: Mit deren Festlegung auf DM
21.068.-- für die Zeit vom 1.7.1978 - 31.12.1979,
auf DM 21.911.-- für das Jahr 1980 und auf DM
22.787.-- für das Jahr 1981 ist eine (vorübergehen-
de) Abkehr von der "bruttolohnbezogenen Rente" ver-
bunden. Zum 20. und 21. Rentenanpassungsgesetz Bley,
C IV 3 b aa (3) (S.222 f.). Vgl. auch Heubeck,
Betrieb 1980, 831 ff., 833

zeitraum von drei Jahren liegt noch in der Nähe der dort üblichen jährlichen Erhöhung. Ob die Versorgung tatsächlich näher an volldynamische Versorgung herankommt, hängt von der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens ab. Auch hier sollte die erforderliche Prognose den Ehegatten überlassen bleiben und das Familiengericht im Rahmen des § 1587 o II 4 nur ihre Vertretbarkeit prüfen. Die Ehegatten haben daher grundsätzlich auch in dieser Fallgruppe die Wahl zwischen den Bewertungsarten.

Anlass zu einer individuellen Bewertung durch Vereinbarung der Ehegatten geben schliesslich auch Versorgungszusagen, die eine Anpassung oder automatische Erhöhung der Versorgung ohne Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers vorsehen. Letzteres ist z.B. der Fall, wenn die Versorgung aufgrund einer sog. Spannenklausel insgesamt der Gehaltsentwicklung folgen soll¹. Hier steht zwar nicht die in der Entwicklung der Sozialversicherungsrenten liegende Unsicherheit für die Betriebsrente, wohl aber unter Umständen der nicht hinreichende Anpassungszeitraum der Annahme volldynamischer Versorgung entgegen. Darüber können sich die Ehegatten einverständlich hinwegsetzen.

Aus dem Gesagten folgt, dass die auf Behandlung einer volldynamischen Versorgung als nicht volldynamisch gerichtete Vereinbarung nicht angemessen ist. Doch muss es zulässig sein, wegen der Gefahr von Reduzierungen vorgesehener Erhöhungen aufgrund eines "Widerrufs der Versorgungszusage"² Bewertungsabschläge vorzunehmen.

1 Auch dazu BAG AP Nr.5 zu § 16 BetrAVG = Betrieb 1977, 1903 ff., 1905; Schulin, ZfA 1979, 139 ff., 177 ff.; Heubeck/Höhne, § 5 Anm.23 ff., § 16 Anm.22o ff.

2 Dazu siehe oben B.V.2.c. ff. Vgl. auch BAG BB 1978, 450 ff., wo das Gericht eine möglichst milde Form der Kürzung verlangt

b. Die anwendbaren Tabellen

Die Umrechnung nach der BarwertVO geschieht, je nachdem ob es sich um Anwartschaften wegen Alters und Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit oder nur wegen eines von beidem handelt oder ob bereits eine laufende Leistung vorliegt, mittels ihr als Anlage beigegebener Tabellen. Diese enthalten gestaffelt nach dem Lebensalter zum Ende der Ehezeit sog. Vervielfacher (Kapitalisierungsfaktoren), die mit dem Jahresbetrag der auszugleichenden Versorgung zu multiplizieren sind. Der so ermittelte Barwert (§§ 2 I, 4 I BarwertVO) ergibt - fiktiv als Beitrag in der gesetzlichen Rentenversicherung entrichtet - das in den Versorgungsausgleich einzustellende Altersruhegeld.

Vereinbarungen über die anwendbare Tabelle kommen damit bei Zweifels- oder Grenzfällen hinsichtlich Art und Stadium der Versorgung¹ in Betracht. Insbesondere ist die Frage streitig, ob man für die laufende Leistung (§ 4 BarwertVO) auf den Zeitpunkt des Ehezeitendes oder den der Entscheidung durch das Familiengericht abzustellen hat². Die Vervielfacher der Tabelle 4 können versicherungsmathematisch nur auf laufende Leistungen beim Ehezeitende, die der Tabelle 1 nur auf Anwartschaften beim Ehezeitende bezogen sein, weil die Dauer des Scheidungsverfahrens nicht kalkulierbar ist. Bestätigt wird diese Annahme etwa

1 Siehe etwa oben 2.c.: Grenzfall zwischen Alters- und Invaliditätsversorgung

2 Im ersteren Sinne Palandt/Diederichsen, Anh.II zu § 1587 a, § 4 BarwertVO Anm.1; im letzteren Sinne Maier, MüKo, § 1587 a Anm.379. Noch in § 5 des Regierungsentwurfs (BR-Drucks.191/77, S.4) war ausdrücklich auf den Erlass der Entscheidung abgestellt, was auf Veranlassung des Bundesrats gestrichen wurde, ohne dass die Frage damit aber allgemein präjudiziert sein sollte: vgl. BR-Drucks. 191/1/77, S.7 f. und BR-Drucks.191/77 (Beschluss) S.7 f.

auch durch den Vergleich der Tabellen 1 und 4 bei einem Lebensalter zum Ende der Ehezeit von 60 - 65 Jahren: Dass der Vervielfacher bei Tabelle 1 von 6,6 auf 9,0 steigt und bei Tabelle 4 von 9,8 auf 9,0 fällt, ist nur gerechtfertigt, wenn bei dem Lebensalter zum Ende der Ehezeit (z.B.von 60 Jahren) das entsprechende Versorgungsstadium wirklich vorgelegen hat. Doch kann diese Sicht der BarwertVO, insbes.bei Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit, auch zu unbilligen Ergebnissen führen. Wird etwa ein 39-jähriger Arbeitnehmer kurze Zeit nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags erwerbsunfähig, so ist der Barwert der erworbenen Versorgung mit dem 2,2 -fachen (Tabelle 1) bzw. einfachen (Tabelle 3) Jahresbetrag seiner Rente offenkundig zu niedrig angesetzt. Die Bewertung der Versorgung kann nicht daran vorbeigehen, dass sich das Risiko der Erwerbsunfähigkeit realisiert hat und daraus eine Rente von im Durchschnitt nicht unerheblicher Dauer resultiert, wie das den Werten der Tabelle 4 (Vervielfacher 10,1) zugrundeliegt; abgesehen davon wäre in dem gebildeten Beispiel auch die Unterscheidung nach der Art der ursprünglich zugesagten Versorgung (Tabelle 1 oder 3) nicht mehr gerechtfertigt. Denn im Versorgungsausgleich soll der Wertzuwachs der Versorgung während der Ehezeit, so wie er sich dem Familiengericht darstellt¹, ausgeglichen werden.

Die angemessene Vereinbarung wird meist nicht in der Einigung auf die Anwendung einer Tabelle, sondern in der auf den Einzelfall abstellenden Modifizierung der Kapitalisierungsfaktoren liegen. Besitzt z.B.

¹ Vgl. auch § 1587 g II 2, der beim schuldrechtlichen Versorgungsausgleich die Berücksichtigung nachträglicher Versorgungsvoraussetzungen anordnet; dazu siehe unten F.III.1.b.aa. (S.290 Fn.2)

der zum Ende der Ehezeit 60 Jahre alte Arbeitnehmer eine Anwartschaft auf Versorgung wegen Alters und Invalidität und erhält er nach 2 Jahren im Entscheidungszeitpunkt Invaliditätsrente, so ergibt weder der Faktor 6,6 in Tabelle 1, noch der Faktor 9,8 in Tabelle 4, sondern nur ein dazwischen liegender Wert (evtl. der entsprechend § 2 II 2 BarwertVO um 24 % erhöhte Faktor 6,6) einen korrekten Barwert.

c. Veränderungen der Kapitalisierungsfaktoren und des Barwerts

aa. Kürzungen und Erhöhungen gemäss der BarwertVO

Bei Anwartschaften auf zeitlich begrenzt laufende Leistungen (§ 3 I BarwertVO) und bei bereits laufenden zeitlich begrenzten Versorgungsleistungen (§ 4 II BarwertVO) ist gegenüber Anwartschaften auf lebenslange Leistungen (§ 2 I BarwertVO) bzw. bereits laufenden lebenslangen Leistungen (§ 4 I BarwertVO) ein prozentualer Abschlag vom Barwert (§§ 3 II, 4 II BarwertVO) vorgesehen. Die Kapitalisierungsfaktoren (und damit der Barwert) sind prozentual zu kürzen, wenn der Beginn der Rente nach der Vollendung des 65. Lebensjahres liegt (§ 2 III 3, II 3 BarwertVO). Liegt der Beginn der Rente vor diesem Zeitpunkt, sind die Werte prozentual zu erhöhen (§ 2 II 2, III 2 BarwertVO). Bei alleiniger Versorgung wegen Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit findet eine Kürzung bzw. eine Erhöhung statt, wenn das Höchstalter für den Beginn der Rente vor oder nach der Vollendung des 65. Lebensjahres liegt (§ 2 IV 2, 3 BarwertVO).

Vereinbarungen der Ehegatten können sich auf die Voraussetzungen für diese Kürzungen oder Erhöhungen beziehen, etwa die Frage der lebenslangen Leistungsdauer oder des vorzeitigen Beginns einer

Versorgung¹ verbindlich festlegen. Gelegentlich mag es auch sinnvoll sein, besonders gelagerte Fälle vertraglich einer dieser Fallgruppen zuzuordnen, z.B. Versorgungen unter einer auflösenden Bedingung oder mit einem besonderen, von der Insolvenzsicherung nicht gedeckten Verfallsrisiko² als zeitlich begrenzt einzustufen. Gegen derartige Vereinbarungen bestehen keine Bedenken, wenn sie, wobei den Ehegatten ein Beurteilungsspielraum zusteht, das in der Unsicherheit der Versorgung liegende Risiko angemessen verteilen.

Vereinbarungen können schliesslich am Fall des § 5 BarwertVO ansetzen. Danach ist der ermittelte Barwert soweit zu kürzen, als die Umrechnung durch die BarwertVO im Einzelfall zu einer höheren als der statischen Ausgangsrente führt. Die Vorschrift betrifft Fälle, bei denen das Ehezeitende schon längere Zeit zurückliegt und die in der Ehezeit erworbene Versorgung in der Zwischenzeit zu Leistungen geführt hat³. Der Wert der statischen Versorgung kann hier wegen der ständigen Verteuerung der gesetzlichen Rentenversicherung in der Tat höher sein als der einer dynamischen Versorgung, bei der das Ehezeitende erst kurze Zeit zurückliegt. Der vom Bundesrat mit fehlender gesetzlicher Ermächtigung zur "Erhöhung der Versorgung" begründete § 5 BarwertVO erscheint daher wenig sachgerecht. Vereinbarungen, die seine Anwendung ausschliessen, sind zulässig.

1 Siehe etwa oben B.II.2.a.aa.(1):Fehlen einer festen Altersgrenze

2 Siehe oben B.V.2.c.

3 Vgl.hierzu BR-Drucks. 191/1/77,S.8 f. und BR-Drucks. 191/77 (Beschluss),S.8 f.sowie die Bekanntmachung von Rechengrössen zur Durchführung des Versorgungsausgleichs in der gesetzlichen Rentenversicherung vom 1.Dez.1976 und vom 10.Nov.1978 (Bundesanzeiger 1976 Nr.233, S.4 und Nr.220 vom 24.11.1978)

bb. Korrekturen aus besonderen Gründen

Die Kapitalisierungsfaktoren basieren auf statistischen und versicherungsmathematischen Durchschnittswerten¹. Ihre schematische Anwendung wird daher dem Wert der Versorgung nicht immer gerecht.

Ungereimtheiten zeigen sich einmal bei den Grenzwerten. So wird eine auf 10 Jahre Laufzeit begrenzte Versorgung nach § 3 II BarwertVO wie eine lebenslange Leistung behandelt. Auch wenn die durchschnittliche Leistungszeit mit 10 Jahren angesetzt werden kann, ist diese Gleichsetzung nicht ohne weiteres gerechtfertigt, was insbesondere dann deutlich wird, wenn sich lebenslange und zeitlich begrenzte Versorgungen im Ausgleich gegenüberstehen. Entsprechendes gilt bei vorzeitiger bzw. hinausgeschobener Versorgung für die automatische Erhöhung und Kürzung in Verbindung mit den normierten Höchstwerten (§§ 2 II 2,3; 2 III 2,3; 2 IV 2,3,4 BarwertVO). Bei einem Lebensalter über 85 Jahren und laufenden Versorgungsleistungen erscheint der nicht mehr differenzierende Vervielfacher 4,0 (Tabelle 4) zu hoch angesetzt. Den Ehegatten kann es in allen diesen Fällen nicht verwehrt sein, eine genauere Bewertung vorzunehmen.

Anlass für Vereinbarungen ergibt sich allgemein aus einer abweichenden Prognose über die den Kapitalisierungsfaktoren zu Grunde liegenden statistischen Durchschnittswerte, insbesondere Lebenserwartung bei einem bestimmten Lebensalter, Zeitpunkt des Eintritts von Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit und Verzinsung. Die Änderung von Tabellenwerten sowie Kürzungs- und Erhöhungsfaktoren soll der Berücksichtigung der per-

¹ BR-Drucks. 191/77 (Begründung der Bundesregierung), S. 14 f.

sönlichen Verhältnisse im Einzelfall dienen¹. Da Durchschnittswerte nicht den "Normalfall" betreffen, angesichts dessen die anderen Fälle vernachlässigt werden könnten, ist es durchaus problematisch, sie der Bewertung in jedem Einzelfall zu Grunde zu legen. Das "Mittel aller Fälle" trifft eben nur auf eine Minderheit der Fälle zu². Wegen der praktischen Unmöglichkeit einer eigenen Prognose durch das Familiengericht blieb dem Gesetzgeber zwar gar kein anderer als der mit der BarwertVO eingeschlagene Weg übrig, der insgesamt gesehen die Fehlerquelle auch relativ niedrig hält. Doch ist diese Regelung nur ein "notwendiges Übel"; ein besonderer Gerechtigkeitsgehalt, der sich auch gegenüber individuellen Vereinbarungen durchsetzen müsste, lässt sich nicht erkennen. Daher muss auch die eigenständige Bewertung seitens der Ehegatten zulässig sein, wenn man ihre Prognose im Einzelfall als angemessen (§ 1587 o II 4) bezeichnen kann, d.h. ihre Bewertung (mindestens) ungefähr denselben Wahrscheinlichkeitsgrad erreicht wie die Bewertung durch die BarwertVO. In Betracht kommt dies vor allem bei einer besonderen gesundheitlichen Situation, bei einem erhöhten Invaliditätsrisiko oder bei relativ hohem Alter des Versorgungsberechtigten. Die Prüfung der Angemessenheit dürfte bei entsprechenden konkreten Anhaltspunkten unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums der Ehegatten keine grösseren Schwierigkeiten bereiten, da das Familiengericht von den Werten der BarwertVO ausgehen kann.

1 Bei volldynamischen Versorgungsen, die keiner gesetzlichen Bewertung unterliegen, kann die Berücksichtigung persönlicher Verhältnisse im Rahmen einer allgemeinen Bewertung (oben 2.) erfolgen

2 So kann etwa im Beispiel oben b. die voraussichtliche Rentendauer sehr unterschiedlich sein

Freilich bedeutet etwa die niedrigere Bewertung bei kürzerer Lebenserwartung im Ergebnis, dass der gesunde Ehegatte mehr Versorgungsanswartschaften abgibt (begründet) bzw. weniger erhält und damit meistens mehr Versorgung "verloren geht".

Dass die Tabellenwerte auf rein statische Versorgungen zugeschnitten sind, betriebliche Altersversorgung aber schon wegen § 16 BetrAVG fast immer eine begrenzte Dynamik erreicht, lässt sich berücksichtigen, indem man den Jahresbetrag der auszugleichenden Versorgung (§§ 2,4 BarwertVO) erhöht, etwa den voraussichtlichen jährlichen Durchschnittsbetrag der Versorgung in den ersten zehn Jahren wählt. Durch prozentuale Erhöhung des Barwerts lässt sich ausdrücken, dass und wie lange eine nach dem Ehezeitende realisierte Invaliditätsversorgung im Entscheidungszeitpunkt bereits läuft. Eine gewisse Senkung des Barwerts erscheint angebracht, wenn nach dem Ehezeitende angelauene Versorgungsleistungen beiden Ehegatten zugute gekommen sind.

d. Fehlen von Bewertungskriterien

Die Ermittlung des Barwerts nach § 1587 a III Nr.2 kann nicht bei allen Formen betrieblicher Altersversorgung allein mit Hilfe der Barwertverordnung geschehen. Insbesondere bei Kapitalleistungen fehlt es an einem "Jahresbetrag" im Sinne der BarwertVO¹. Das Familiengericht bestimmt hier die auszugleichende Versorgung nach billigem Ermessen (§ 1587 a V). Eine angemessene Bewertung durch die Ehegatten kann etwa darin bestehen, den zehnten Teil der Kapitalsumme als Jahresbetrag anzusetzen; in Ausnahmefällen lässt sich diese auch mit dem Barwert gleichsetzen.

¹ Siehe oben B.II.4.b.aa. Dasselbe gilt meist für betriebliche Altersversorgung, deren Versorgungscharakter nicht dem herkömmlichen Bild entspricht (oben B.II.2.a.bb.)

Anrechte auf Sachleistungen¹ können u.U. als voll-dynamisch behandelt werden, wenn wahrscheinlich ist, dass deren Preisentwicklung der allgemeinen Preisentwicklung folgt. Bei der Wertfestsetzung für den Rechtshängigkeitszeitpunkt steht den Ehegatten ein Spielraum in der Beurteilung zu, welchen Geldwert die betreffende Sachleistung gerade für den Versorgungsberechtigten besitzt. Nachträgliche unter- oder überdurchschnittliche Preissteigerungen können dabei berücksichtigt werden.

Werden an sich nicht dem Versorgungsausgleich unterliegende Arbeitgeberleistungen durch Vereinbarung in diesen einbezogen², so obliegt die notwendige Bewertung den Ehegatten. Wenn § 1587 o II 4 trotz der ganz unterschiedlichen Ausgleichstechniken ausdrücklich auch die Einbeziehung der Vermögensauseinandersetzung erlaubt, so spricht das für ein weites Ermessen des Familiengerichts und damit eine weite Vereinbarungsbefugnis der Ehegatten in bezug auf die Bewertung der einbezogenen Versorgung.

Ist die Höhe einer Versorgung noch nicht bestimmt, etwa bei einer sog. Blankettzusage³, kann der Jahresbetrag von den Ehegatten geschätzt werden. Ähnliches gilt, wenn der Jahresbetrag zwar festliegt, sich aber - insbesondere durch einseitige Wahl- oder Abfindungsrechte des Arbeitgebers - noch ändern kann. Dann kann die Beurteilung der Ehegatten entgegen der gesetzlichen Bewertung⁴ dahin gehen, dass der Arbeitgeber von seinem Wahl- oder Abfindungsrecht Gebrauch machen werde.

1 Siehe oben B.II.4.a.

2 Siehe oben IV.3.b,c.

3 Siehe auch oben 2.b.

4 Rolland, § 1587 a Anm.85; Hillermeier, FamRZ 1976, 577, 580 f.

VI. Vereinbarungen über einzelne Voraussetzungen des Versorgungsausgleichs bei betrieblicher Altersversorgung

Vereinbarungen über "Tatbestandsmerkmale des Versorgungsausgleichs" wirken sich auf Form oder Höhe oder als Ausschluss des Ausgleichs aus. Sie fallen damit unter die Ziffern I - V, wobei lediglich ein anderer Blickwinkel vorliegt. Denn die Folgen der Vereinbarung im Rahmen des § 1587 o sind den Parteien bekannt. Einige Beispiele sollen das verdeutlichen: Eine Vereinbarung über den Begriff betriebliche Altersversorgung (z.B.: "Höherversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung gilt als betriebliche Altersversorgung") ist gemäss oben IV.1,3. zu beurteilen. Wird der Streit, ob überhaupt ein Anrecht der betrieblichen Altersversorgung vorliegt (der Arbeitgeber bestreitet z.B. eine Verpflichtung aus Betriebsübung), durch Vereinbarung beigelegt ("Die Parteien gehen davon aus, dass keine Anwartschaft der betrieblichen Altersversorgung besteht" oder: "Die Parteien gehen davon aus, dass eine Anwartschaft von DM 100.-- besteht"), so kann eine (teilweise) Ausklammerung gegeben sein (oben IV.1.a.). Ob das tatsächlich der Fall ist, ob die Vereinbarung der wirklichen Rechtslage entspricht oder ob ein nicht bestehendes Anrecht ausgeglichen wird, spielt dann keine Rolle, wenn die Modifikation im Ergebnis innerhalb des allgemeinen Vereinbarungsspielraums liegt (oben I.3.b.). Andernfalls greifen die Grundsätze von oben V.2.a.aa. ein. Die Verständigung über Stichtage ausserhalb von oben V.3., etwa über den Zeitpunkt der Versorgungszusage, betrifft meist die Höhe der Versorgung oder ihre Verfallbarkeit (z.B. oben IV.1.b.). Bei der - als solcher nicht zulässigen (oben II.1.b.bb.) - Übereinkunft, dass die Voraussetzungen des § 1587 c vorliegen, geht es um

Ausschluss oder Teilausschluss, bei der ebenfalls unzulässigen Übereinkunft, dass die Voraussetzungen des § 1587 c nicht vorliegen, um die Höhe des Ausgleichs. Über den allgemeinen Vereinbarungsspielraum hinaus sind Vereinbarungen dann zulässig, wenn angemessene Wertungen an einzelne Tatbestände der Bestimmung anknüpfen, z.B. an den Grundgedanken der Nr. 2 (vgl. oben B.III.5.) oder an Nr.3 (oben V.3.c. hinsichtlich Ehezeitdauer).

Dass in allen Fällen regelmässig keine "offene Modifikation" des Versorgungsausgleichs, sondern ein Vergleich über einzelne Streitpunkte (meist tatsächlicher Art) vorliegt, ändert nichts. Die Ausführungen unter I - V gelten im Grundsatz unabhängig davon, ob die Ehegatten das gesetzliche Ergebnis des Versorgungsausgleichs aus bestimmten Gründen ändern wollen oder eine Ungewissheit darüber verbindlich klären.

VII. Vereinbarungen über die Durchführung des Versorgungsausgleichs

1. Die Modalitäten der Einzahlungspflicht

a. Ruhen

Das Familiengericht kann (teilweises) Ruhen der nach § 1587 b III durch rechtskräftige Entscheidung des Familiengerichts oder nach § 1587 o durch Vereinbarung der Ehegatten begründeten Einzahlungspflicht anordnen (§1587 d I). Zweck dieser Erleichterung für den Verpflichteten ist es, zu vermeiden, dass die soziale Sicherung des einen Ehegatten um den Preis der wirtschaftlichen Existenz des anderen Ehegatten erkaufte wird¹.

§ 1587 d I wird in der Literatur für abdingbar gehalten². Dem ist zuzustimmen. Eine entsprechende Vereinbarung fällt unter § 1587 o, da sie den Ausgleich von Versorgungsansprüchen betrifft. Da es speziell um die Vollstreckung des Einzahlungsanspruchs geht, greifen zusätzlich auch die Regeln über Parteivereinbarungen auf dem Gebiet des Zwangsvollstreckungsverfahrens ein. Hier scheidet freilich ein vertraglicher Verzicht auf die Schuldnerschutzvorschriften aus³. Entscheidend ist aber, dass die Vereinbarung die §§ 765 a, 811 ff., 850 ff. ZPO nicht berührt, weil § 1587 d nur einen zusätzlichen Schutz beabsichtigt, nicht etwa lex specialis gegenüber den genannten Bestimmungen ist. Der Verzicht auf diesen zusätzlichen Schutz ist nicht unangemessen, weil er lediglich die gesetzliche "Normalsituation" herstellt.

1 BT-Drucks. 7/650 S.163

2 Maier, MüKo, § 1587 d Anm.6; Rolland, § 1587 d Rdnr. 16

3 Stein/Jonas/Münzberg, Vorbem.VI 6 vor § 704; s.auch unten 4.b.

Nicht ausdrücklich behandelt wird in der Literatur die Frage, ob die Ehegatten über § 1587 d I hinausgehende Erleichterungen für den Verpflichteten, etwa Ratenzahlung oder ein Ruhen der Verpflichtung ohne die gesetzlichen Voraussetzungen, vereinbaren können. Vollstreckungsrechtlich bestehen insoweit keine Bedenken¹. Die Angemessenheit des § 1587 o II 4 erlaubt durchaus, auch solche Interessen des Verpflichteten zu berücksichtigen, die nicht mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten, sondern mit einer etwa zur Zeit günstigeren Verwendungsmöglichkeit des Kapitals zusammenhängen. Freilich darf der Zweck des Versorgungsausgleichs nicht auf diesem Wege vereitelt werden. Unzulässig wäre etwa die Argumentation, der Berechtigte hätte es ohnehin in der Hand, seinen Anspruch nicht durchzusetzen; denn durch die Vereinbarung wird er insoweit gebunden. Unter Umständen empfiehlt sich auch die zusätzliche Vereinbarung einer Bestimmung, insbesondere der sofortigen Fälligkeit, für den Fall des Todes des Verpflichteten (vgl. § 1587 e IV). Sinnvoll kann schliesslich die Verständigung über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer unbilligen Belastung nach § 1587 d I im Vergleichswege sein. Hier lässt sich eine noch weitergehende potentielle Erleichterung für den Verpflichteten hinnehmen, wenn das unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes und der Aufklärungsmöglichkeit angemessen erscheint.

b. Person des Einzahlenden

Da auch die Selbsteinzahlung des Berechtigten zulässig ist², kommt grundsätzlich eine Vereinbarung hierüber in Frage. Fraglich ist nur, ob die notwendige Erstattungsregelung für den Verpflichteten

1 Vgl. S.217, Fn. 3 und BGH NJW 1968, 700 f.

2 Bergner, DRV 1977, 1 ff., 97; Maier, MüKo, § 1587 b Anm.167; Palandt/Diederichsen, § 1587 b Anm.4 c; Ruland/Tiemann, Rdnr.454; Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1304 b RVO Anm.II; implizit auch Rolland, § 1587 d Rdnr. 7

in gewissem Umfang günstiger sein darf, als es einer zulässigen Vereinbarung gemäss oben a.entspricht. Man wird dies wegen der fehlenden Beeinträchtigung des Alterssicherungszwecks dann bejahen können, wenn die Einzahlung durch den Berechtigten tatsächlich sicher ist.

Aus der Sicht der gesetzlichen Rentenversicherung ist die Person des Einzahlenden irrelevant, weshalb auch die Einzahlung durch Dritte zulässig erscheint. Eine Parteivereinbarung hierüber hängt aber von der Möglichkeit der Einbeziehung des Dritten in die Vereinbarung ab. Hier kommt insbesondere der Arbeitgeber oder sonstige Träger der betrieblichen Altersversorgung in Betracht (s.unten F.).

c. Aufrechnung, Zurückbehaltungsrecht

Ist der Berechtigte seinerseits Schuldner des Verpflichteten, z.B. wegen einer Zugewinnausgleichsforderung oder wegen eines Abfindungsanspruchs nach § 1587 I, so kommt nur ein Zurückbehaltungsrecht des Verpflichteten, nicht aber die Aufrechnung durch ihn in Betracht, weil diese den Anspruch zum Erlöschen bringen würde, "ohne dass dem Berechtigten die Möglichkeit offenstünde, selbst die Beiträge zu zahlen"¹. Das Aufrechnungsverbot ergibt sich hier ohne weiteres aus § 394: Die Einzahlungsforderung ist weder übertragbar (§ 399) noch pfändbar (§ 851 I ZPO)², weil sie nur durch Zahlung an den Rentenversicherungsträger und für den Berechtigten erfüllt werden kann.

¹ Ruland/Tiemann, Rdnr. 488 m.Nachw.

² Ruland/Tiemann, Rdnr.487. Vgl. aber auch oben III.1.c. (Pfändung durch Sozialhilfeträger)

Zweifelhaft erscheint die Zulässigkeit einer Aufrechnung durch den Berechtigten. § 394 greift hier nicht ein¹. Zu bedenken ist aber, dass die Aufrechnung die Einzahlungsforderung zum Erlöschen brächte und damit den Zweck des Versorgungsausgleichs mit seinem weitgehend zwingenden Charakter von vornherein und endgültig vereiteln würde. Man wird wegen der beschränkten Parteiherrschaft über die Forderung die Gleichartigkeit der Forderungen (§ 387) verneinen müssen, auch wenn die besondere Zweckbindung einer Forderung gewöhnlich keine Ungleichartigkeit begründet² und der Anspruch auf Zahlung an einen Dritten (Sozialversicherungsträger) ohne eigenes Forderungsrecht des Dritten (vgl. §§ 328 ff.) mit einer Geldforderung gleichartig ist³. Doch kann der Berechtigte selbst einzahlen und dann mit seinem Erstattungsanspruch gegen den Verpflichteten aus den §§ 683, 679, 670 aufrechnen.

Wollen die Ehegatten im Wege der Parteivereinbarung die spätere Aufrechnung durch einen oder beide Ehegatten zulassen oder eine unmittelbar auf Aufrechnung gerichtete Aufrechnungsvereinbarung abschließen, liegen die Probleme etwas anders. Fehlende Gleichartigkeit der Forderungen kann grundsätzlich durch Vereinbarung überbrückt werden. Doch gilt das Aufrechnungsverbot des § 394 auch für die Aufrechnungsvereinbarung; diese kann erst nach Fälligkeit der unpfändbaren Forderung geschlossen werden⁴. Da der Einzahlungsanspruch erst mit der rechtskräftigen Entscheidung über den Versorgungsausgleich bzw. der

1 Palandt/Heinrichs, § 394 Anm.1; von Feldmann, MÜKo, § 394 Anm.1

2 Vgl. BGHZ 54, 244 ff. für den werkvertraglichen Anspruch auf Vorschuss; Palandt/Heinrichs, § 387 Anm.5 a

3 Vgl. OLG Hamburg MDR 1970, 588; Palandt/Heinrichs, § 387 Anm.5b

4 BAG NJW 1977, 1168; von Feldmann, MÜKo, § 394 Anm.6

rechtskräftigen Genehmigung der Vereinbarung (§ 53 g I FGG) und frühestens mit Rechtskraft der Scheidung fällig wird, scheint eine Parteivereinbarung erst nach diesem Zeitpunkt in Betracht zu kommen¹. Diese Auffassung würde m.E. aber verkennen, dass der mit der Ausdehnung des § 394 auf Aufrechnungsvereinbarungen beabsichtigte Schutz des Gläubigers der unpfändbaren Forderung bereits bei der Genehmigung im Rahmen des § 1587 o II 4 berücksichtigt werden kann und muss. Eine teleologische Ausdehnung des § 394 ist hier daher abzulehnen. Vielmehr muss das Familiengericht im Einzelfall prüfen, ob eine (etwaige) Aufrechnung Alterssicherung und Ausgleichszweck unangemessen beeinträchtigt. Das wird vor allem dann nicht der Fall sein, wenn auch eine Vereinbarung unter dem Gesichtspunkt der Einbeziehung der Vermögensauseinandersetzung zulässig gewesen wäre², die Ehegatten aber den unter Umständen flexibleren Weg der Aufrechnung vorziehen.

2. Gegenseitige Auskunft

Vereinbarungen über die Auskunftspflicht nach § 1587 e I fallen wegen des engen Zusammenhangs mit dem Versorgungsausgleich unter § 1587 o, auch wenn sie nicht im engeren Sinne den Ausgleich von Ansprüchen betreffen. Sie müssen daher eine angemessene Regelung enthalten. Eine Einschränkung oder der Ausschluss des gegenseitigen Auskunftsanspruchs erscheint demnach unzulässig. Es wäre in keinem Falle angemessen, einem Ehegatten die erforderliche Grundlage zur Feststellung und Berechnung der in der Ehezeit erworbenen Versorgungsansprüche des anderen Ehegatten³ ganz oder teilweise zu verschliessen.

1 Vgl. auch oben I.1.b.bb.

2 Siehe oben I.3.b.

3 Zum Zusammenhang von Versorgungsausgleich und Auskunftsanspruch insbesondere OLG Hamm NJW 1978, 2560

Soweit der Versorgungsausgleich wirksam abbedungen wurde (z.B. in bezug auf alle Anrechte der betrieblichen Altersversorgung), ergibt sich eine Einschränkung der Auskunftspflicht "von selbst".

Zulässig ist aber die Erweiterung der Auskunftspflicht und ihre Konkretisierung. Sie kann über die erworbenen Versorgungsanrechte hinaus etwa auf die für § 1587 c relevanten Umstände erstreckt werden. Es kann die Pflicht begründet werden, bestimmte Unterlagen vorzulegen oder nachträgliche Änderungen der Versorgung (z.B. Eintritt der Unverfallbarkeit) unaufgefordert mitzuteilen.

3. Das gerichtliche Verfahren nach ZPO und FGG

Das Verfahren des Versorgungsausgleichs bestimmt sich teils nach dem FGG, speziell dessen §§ 53 b ff., teils nach der ZPO (vgl. §§ 621 a I, 621 I Nr. 6 ZPO). Dieses Verfahrensrecht ist grundsätzlich zwingend, so dass das gerichtliche Verfahren nicht durch Vereinbarung der Ehegatten modifiziert werden kann. Soweit dem Familiengericht ein Ermessen eingeräumt ist, wie das bei § 53 b II 2 FGG (Einholung von Auskünften) und bei § 53 c I FGG (Klärung von Vorfragen) der Fall ist, stellt sich die Frage, ob die Ermessensentscheidung durch Vereinbarungen der Ehegatten beeinflusst werden kann. Können die Ehegatten etwa für das Familiengericht verbindlich vereinbaren, dass man auf die Einholung einer Auskunft über die betriebliche Altersversorgung oder auf die Aussetzung des Verfahrens verzichten und dafür überschlägige Werte zugrundelegen wolle? Die Antwort ergibt

1 Vgl. näher Strobel, MüKo, Anh. II zu §§ 1587 bis 1587 p, Vorbemerkungen, insbes. Anm. 9 ff., 11; Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr. 395 ff.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 621 a Anm. 3; Thomas/Putzo, § 621 a Anm. 1, 2; Zöller/Philippi, § 621 a Anm. III, IV
6

sich m.E. aus dem materiellen Recht: Zwar kann dem Familiengericht nicht eine bestimmte Verfahrensentscheidung vorgeschrieben werden. Da sich etwa der Umfang der Aufklärungspflicht aus § 12 FGG ergibt¹, ist es für die Zulässigkeit der Vereinbarung unerheblich und liegt allein in der Beurteilung des Familiengerichts, wie hoch die Wahrscheinlichkeit einer weiteren Aufklärung ist. Selbst wenn die Angaben der Ehegatten über die Altersversorgung mit grosser Wahrscheinlichkeit richtig sind, ist das Familiengericht nicht gehindert, Auskünfte einzuholen. Jedoch wird die Verfahrensentscheidung für das Gericht bindend bestimmt, wenn die Vereinbarung der Ehegatten in ihrem materiellen Ergebnis im Rahmen des nach § 1587 o II 4 Zulässigen liegt. Betrifft z.B. der Zweifel über die Höhe des Anrechts nur eine relativ geringe Spannweite, so dass man sich auf einen Wert innerhalb dieser Spannweite einigen kann, so ist auch die Vereinbarung, keine Auskunft einzuholen, für das Gericht bindend, weil kein Entscheidungsspielraum mehr vorhanden ist. Und bei der zulässigen vertraglichen Festlegung einer der Höhe nach nur mit grösseren Schwierigkeiten aufzuklärenden Anwartschaft ergibt sich, dass die Möglichkeit einer Verfahrensaussetzung entfällt. Sind aber die Grenzen des nach § 1587 o II 4 Zulässigen (möglicherweise) überschritten, muss das Familiengericht einer entsprechenden Vereinbarung die Genehmigung versagen und eine eigene Ermessensentscheidung über die Aufklärung der Versorgung treffen.

¹ Hierzu Keidel/Kuntze/Winkler, § 12 Rdnr.2 a, 53 ff.; Bumiller/Winkler, § 12 Anm.7; Jansen, § 12 Rdnr. 30 ff., 39 ff.; Strobel, MüKo, Ergänzung zu § 1587 o Rdnr.33 mit Nachw.

4. Vollstreckung und Sicherung der Ansprüche, insbesondere des Einzahlungsanspruchs

a. Vollstreckungsvoraussetzungen und Vollstreckungsverfahren

Die Entscheidung des Familiengerichts über die Begründung von Rentenanwartschaften durch Beitragsentrichtung ergeht als Leistungsurteil. Der Ausgleichsberechtigte kann mit der rechtskräftigen Entscheidung die Zwangsvollstreckung betreiben. Ergibt sich die Einzahlungspflicht aus einer Parteivereinbarung, so erwirbt der Berechtigte einen Vollstreckungstitel erst durch Klage auf Leistung, es sei denn, die Vereinbarung wird im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs (§ 794 I Nr.1 ZPO) geschlossen oder enthält - was sich in den übrigen Fällen, insbesondere bei notarieller Beurkundung empfiehlt - die Unterwerfung des Schuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung (§ 794 I Nr.5 ZPO)¹. Solche Vollstreckungstitel werden nach den Vorschriften der ZPO vollstreckt (vgl. § 53 g III FGG). Anwendbar sind demnach die §§ 803 bis 882 ZPO, da auch die Forderungen auf Zahlung an einen Dritten Geldforderungen im Sinne dieser Bestimmungen sind². Freilich ist gepfändetes Geld (§ 815 I ZPO) oder der Erlös versteigelter Sachen (§ 819 ZPO) entsprechend dem Inhalt des Vollstreckungstitels nicht dem Ausgleichsberechtigten, sondern dem Träger der Rentenversicherung abzuliefern. Eine gepfändete Geldforderung des Verpflichteten ist nicht der Rentenversicherung, sondern dem Berechtigten zu überweisen,

1 Vgl. BT-Drucks. 7/650 S.171; Erman/Ronke, § 1587 o Anm.9; Ruland/Tiemann, Rdnr.583

2 Bumiller/Winkler, § 53 g Anm.3; auch Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grundzüge 1 B d vor § 803; Stein/Jonas/Münzberg, I 3 vor § 803; Thomas/Putzo, Vorbem. II vor § 803; Wieczorek, § 803 Anm. B I d; Gerhardt, JZ 1969, 691 ff., 692 f.

da diesem als Gläubiger das Einziehungsrecht zukommen muss; doch kann er vom Drittschuldner nur Zahlung an die Rentenversicherung, nicht an sich selbst verlangen, weil die titulierte Forderung nur durch Zahlung an diese erfüllt werden kann.

b. Vereinbarungen über die Vollstreckung

Das Verfahren der Vollstreckung im Versorgungsausgleich ist wie auch allgemein das Zwangsvollstreckungsverfahren¹ der Parteiheerrschaft grundsätzlich entzogen. So wäre der vertragliche Ausschluss von prozessualen Vollstreckungsbeschränkungen unzulässig, da der Umfang des Vollstreckungsanspruchs² im öffentlichen Interesse festgelegt ist. Soweit dagegen ausnahmsweise vertragliche Verfahrenserleichterungen zugunsten von Gläubiger oder Schuldner in Betracht kommen (z.B. in bezug auf §§ 750, 834 ZPO) und soweit es um den vollstreckbaren Anspruch des Gläubigers geht, ist § 1587 o II 4 zu beachten. Während im ersteren Falle ein Konflikt mit § 1587 o II 4 kaum denkbar erscheint, dürfte etwa die Vereinbarung eines Verzichts auf jegliche Vollstreckung regelmässig nicht genehmigungsfähig sein, weil sie den Versorgungsausgleich praktisch in das Belieben des Verpflichteten stellt. Zulässig erscheint aber die Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf bestimmtes Vermögen oder unter Ausklammerung von bestimmtem Vermögen (z.B. der Altersversorgung), wenn der Versorgungsausgleich hierdurch voraussichtlich nicht übermässig erschwert wird³.

1 OLG Hamm MDR 1968, 333 f.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grundzüge 1 P vor § 704; Stein/Jonas/Münzberg, Vorbem. VI 6 vor § 704; weitere Nachweise bei Zöller/Scherübl, V 1 vor § 704

2 Die Frage, ob und inwieweit in Versorgungsansparschaften und Versorgungsansprüche des Verpflichteten vollstreckt werden kann, wird im Zusammenhang mit der Einbeziehung des Arbeitgebers in Vereinbarungen (unten F.) behandelt

3 Siehe auch oben 1.a. zu § 1587 d I

c. Die Bestellung von Sicherheiten für den Einzahlungsanspruch

Die Parteivereinbarung nach § 1587 o kann auch zur Bestellung von Sicherheiten für den Einzahlungsanspruch genutzt werden, vor allem auch in Verbindung mit einer Stundung desselben. Soll ein Grundpfandrecht für den Berechtigten bestellt werden, stellt die Einhaltung der Formvorschriften kein Problem dar (vgl. §§ 1113, 1191, 873 II, 1587 o II 1 und 2, 127 a, 128). Bei der Hypothek muss der dinglich Berechtigte und der Gläubiger der gesicherten Forderung ein und dieselbe Person sein. Eine "Hypothek zugunsten eines Dritten" ist nicht möglich. Möglich ist nach h.M. aber, etwa beim sog. unechten Vertrag zugunsten Dritter, die Angabe eines anderen Zahlungsempfängers im Grundbuch¹. Daher kann der Berechtigte als Gläubiger des Einzahlungsanspruchs, der Träger der gesetzlichen Rentenversicherung als Leistungsempfänger im Grundbuch eingetragen werden. Damit wird auch der Situation Rechnung getragen, dass nur der Berechtigte die Einzahlung betreiben kann, das Geld aber allein an den Versicherungsträger fließen darf. Zulässig ist auch die Sicherung mittels der von einer Forderung unabhängigen Grundschild. Hier kann zwischen den Parteien schuldrechtlich (im Rahmen der Sicherungsabrede) Zahlung an den Dritten vereinbart werden; eine solche Klausel ist auch eintragungsfähig².

1 BayObLG NJW 1958, 1917 f.; Staudinger/Scherübl, § 1113 Rdnr. 25; Soergel/Baur, § 1113 Rdnr. 16 jeweils mit Nachw.; vgl. auch Palandt/Bassenge, § 1113 Anm. 4 a

2 Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1958, 1142 f.

In Betracht kommt schliesslich die Sicherungsabtretung oder Verpfändung von (zukünftigen) Versorgungsansprüchen des Verpflichteten an den Berechtigten. Die für eine Vorausabtretung erforderliche Bestimmtheit der Forderung liegt vor. Problematisch ist die Zulässigkeit der Abtretung aber unter dem Gesichtspunkt der §§ 399, 400, da die Abtretung in Versorgungsordnungen regelmässig ausgeschlossen wird bzw. an einer Inhaltsveränderung der Leistung oder an der Unpfändbarkeit der Forderung scheitern kann. Zu diesen Fragen, insbesondere auch zur Bedeutung von § 1587 i II, siehe unten F. III.1.a.

VIII. Vorbehaltsklauseln

1. Widerrufs- und Rücktrittsvorbehalt, Bedingung, Befristung

Die Parteien des Zivilprozesses können gerichtliche Vergleiche nach § 794 I Nr.1 ZPO unter einen Vorbehalt stellen und damit insbesondere der Möglichkeit veränderter Umstände Rechnung tragen¹. Fraglich ist, ob dies auch für die Parteivereinbarungen des § 1587 o gilt, die ja, soweit sie vor Gericht geschlossen werden, meist gerichtliche Vergleiche sind. Denn die Ausgleichspflicht muss nach der Vorstellung des Gesetzgebers grundsätzlich unbedingt sein².

a. Auflösender Vorbehalt

Beim Vergleich unter einem Vorbehalt geht der Parteiwille regelmässig dahin, dass dessen Wirkungen sofort eintreten, aber mit dem Widerruf oder Eintritt der Bedingung enden sollen. Dies würde gelten, wenn ein Rücktrittsrecht für den Fall einer neuen Eheschliessung oder bei Nichtanfall einer erwarteten Erbschaft vereinbart wird. Eine solche Parteivereinbarung besässe zwar mit ihrer Genehmigung die streitbeendende Wirkung des § 53 d FGG. Doch wäre ihr Bestand ungewiss oder hätten es die Parteien sogar in der Hand, sie zu Fall zu bringen. Es ergäben sich Schwierigkeiten, wenn die Vereinbarung und damit der Versorgungsausgleich durch eine gerichtliche Entscheidung oder durch Einzahlung des Verpflichteten vollzogen ist, weil eine Rückgängigmachung kaum in Betracht kommt³. Abgesehen

1 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Anh.3 B nach § 307; Thomas/Putzo, § 794 Anm.II 4 d,e; Rosenberg/Schwab, S.728 m.Nachw.aus der Rspr.

2 BT-Drucks. 7/650 S.162,163

3 Siehe oben I.1.b.bb.

davon würde eine Entscheidung des Familiengerichts nach §§1587 ff. erforderlich, und zwar unabhängig von der Frage, ob das frühere Verfahren fortgesetzt werden könnte oder ein neues Verfahren einzuleiten wäre¹. Denn anderenfalls entfielen der Versorgungsausgleich ganz, eine Rechtsfolge, die regelmässig schon als unangemessen (§ 1587 o II 4) nicht in Betracht kommt. Die Parteien könnten auf diese Weise den gesetzlich angeordneten Verbund von Scheidungs- und Folgesachen (§§ 623, 621 I ZPO) unterlaufen. Über dieses Verfahrensprinzip dürfen die Parteien aber schon deshalb nicht verfügen können, weil es Klarheit über den Versorgungsausgleich bei rechtskräftig geschiedener Ehe und einem danach etwa eintretenden Versorgungsfall sowie die Beschleunigung des Verfahrens bezweckt. Daher muss im Zeitpunkt der Genehmigung einer - gerichtlichen wie notariellen - Parteivereinbarung deren Bestand grundsätzlich sicher sein. Kein Gegenargument liegt darin begründet, dass eine nachträgliche isolierte Entscheidung über den Versorgungsausgleich auch in den Fällen des nach § 779 unwirksamen oder nach §§ 119, 123 angefochtenen Vergleichs notwendig wird: Hier handelt es sich um Mängel, die der Vereinbarung un-erkannt von Anfang an anhaften, während bei einem vereinbarten Vorbehalt die Ungewissheit der endgültigen Streitbeendigung bewusst in Kauf genommen würde.

b. Aufschiebender Vorbehalt

Soll nach dem Parteiwillen die Wirksamkeit der Parteivereinbarung erst später eintreten, so kann wegen des Verbundes von Scheidungs- und Folgesachen bis zu diesem Zeitpunkt die Scheidung nicht ausgesprochen werden, wenn nicht gleichzeitig über die Folgesache entschieden wird. Würde mit Rück-

¹ Zu dieser Frage BGH NJW 1972, 159 f.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Anh.6 C nach § 307; Thomas/Putzo, § 794 Anm. II 7 b,c; Rosenberg/Schwab, S. 730 f.

sicht auf die Vereinbarung die Ehescheidung zurückgestellt, so liefe das auf eine im Gesetz nicht vorgesehene und gegen § 614 IV ZPO verstossende Aussetzung des Verfahrens hinaus. Würde aber sogleich über Scheidungs- und Folgesache entschieden, weil die Vereinbarung noch keine Wirksamkeit entfaltet, so läge bei Bedingungseintritt ein Widerspruch zwischen (u.U.bereits vollzogener) gerichtlicher Entscheidung und Parteivereinbarung vor. Entweder müsste man dann die Parteivereinbarung als hinfällig ansehen oder eine Art von "auflösend bedingter Entscheidung" des Familiengerichts annehmen, was wie die auflösend bedingte Parteivereinbarung (oben a.) dem Sinn und Zweck des Entscheidungsverbunds widersprechen würde.

c. Kombination von auflösendem und aufschiebendem Vorbehalt

Der Versuch, die dargelegten Schwierigkeiten zu überwinden, könnte zu einer Vereinbarung führen, die auflösende und aufschiebende Bedingung miteinander kombiniert. Der auflösende Vorbehalt in einer Parteivereinbarung führt nämlich dann nicht zu einem "Vakuum", wenn die Parteien für den Fall des Bedingungseintritts bereits einen in bestimmter Weise gestalteten Ausgleich vorgesehen haben. Dass es hierbei nicht um § 1587 b I und § 1587 b II gehen kann, liegt wegen deren automatischen Vollzugs und wegen § 1587 o I 2 auf der Hand. Aber auch bei der Einzahlungspflicht nach § 1587 b III bestehen Bedenken, wenn die endgültige Verpflichtung ungewiss bleibt. Denn wie oben I.1.b.bb. die rechtskräftige Entscheidung Schutzwirkung für den Träger der gesetzlichen Rentenversicherung entfaltet, so muss sich dieser auch hier auf eine eindeutige Regelung einstellen können. Ein Bedingungseintritt wird für ihn zudem kaum feststellbar sein. Davon wird freilich nicht das Recht der Parteien berührt, allgemein zulässige Einzahlungen in die gesetzliche Rentenversicherung vorzunehmen und hierüber

schuldrechtliche Vereinbarungen (§ 3o5) abzuschließen. Auch bestehen keine Bedenken, wenn sowohl der auflösend bedingte Ausgleich wie auch der aufschiebend eingreifende Ausgleich ausserhalb des gesetzlichen Versorgungsausgleichs liegen¹. Wird z.B. zulässigerweise statt des gesetzlichen Wertausgleichs eine Grundstücksübertragung vereinbart, so kann unter bestimmten Bedingungen eine Rückübertragungspflicht in Verbindung mit einer (altersversorgungswirksamen) Ausgleichszahlung vorgesehen werden.

Es ergibt sich, dass Vorbehalte bei Parteivereinbarungen grundsätzlich nur so kurzfristig sein dürfen, dass im Genehmigungszeitpunkt, d.h. spätestens bei Ausspruch der Ehescheidung, Gewissheit über die Wirksamkeit der Vereinbarung und eine etwa notwendige gerichtliche Entscheidung besteht. Damit sind die üblichen Widerrufsfristen von 8 oder 14 Tagen als unbedenklich anzusehen, ebenso Vereinbarungen unter der Bedingung, dass die zu erwartende Auskunft eines Versorgungsträgers in einem bestimmten Sinne ausfällt. Dass im Rahmen von § 14o8 II die Vereinbarung von Bedingungen und Zeitbestimmungen zugelassen wird², steht all dem nicht entgegen. Denn der Vorbehalt bezieht sich hier auf die Zeit zwischen Vereinbarung und Versorgungsausgleich. Im Zeitpunkt des Versorgungsausgleichs muss auch bei Vereinbarungen nach § 14o8 II Klarheit herrschen.

1 Siehe auch unten 2.

2 Langenfeld, NJW 1978, 15o3 ff., 15o5 f.; Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr. 433; Diederichsen, NJW 1977, 217 ff., 223; Palandt/Diederichsen, § 14o8 Anm.3 b bb; Keidel/Kuntze/Winkler, § 53 d Anm.5; dazu auch unten D.III.4.

2. Vereinbarung eines anderweitigen Ausgleichs für den Fall nachträglicher Änderungen der Verhältnisse

Die Vereinbarung eines "Nachverfahrens" für den Fall nachträglicher Änderungen der Verhältnisse, wie es das geltende Recht in § 1587 d II vorsieht¹, ist nicht möglich, da das Familiengericht nicht entgegen dem Gesetz zum Tätigwerden veranlasst werden kann.

Die Parteien können entsprechende Bestimmungen treffen, wenn der gesetzliche oder vereinbarte öffentlich-rechtliche Versorgungsausgleich dabei unberührt bleibt. Es besteht kein Bedenken, schuldrechtliche Verpflichtungen, etwa zur Übereignung eines Grundstückes oder Zahlung eines Ausgleichsbetrages, in die Parteivereinbarung aufzunehmen, aber von der Änderung der Verhältnisse, z.B. Unmöglichkeit einer weiteren Berufstätigkeit der Ehefrau, abhängig zu machen. Z.B. könnte auch formuliert werden, dass bei nachträglichem Wegfall oder unerwarteter Entwicklung der ausgeglichenen Versorgung ein entsprechend zu berechnender Ausgleichsbetrag fällig wird. Wurde der Versorgungsausgleich teilweise ausgeschlossen, kann etwa bestimmt werden, dass bei Anfall der erwarteten Erbschaft beim Verpflichteten oder bei Nichtanfall der erwarteten Erbschaft beim Berechtigten oder seiner Wiederverheiratung doch noch Ausgleichszahlungen zu leisten sind. Derartige Vereinbarungen können durchaus angemessen i.S.d. § 1587 o II 4 sein. Ihre Beurteilung entspricht der von vorbehaltlosen Vereinbarungen, wenn die ins Auge gefasste Veränderung bereits eingetreten wäre.

¹ Dagegen kommt der Gesetzentwurf der Bundesregierung über den Versorgungsausgleich in bestimmten Fällen (insbes. bei vorzeitigem Tod des Ausgleichsberechtigten) ohne ein Nachverfahren aus, §§ 1587 q bis x E; vgl. FAZ vom 18.10.1980, S.5

Schliesslich kann sich die Parteivereinbarung im Zusammenhang mit der Scheidung auf den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich beziehen¹. Kann die Höhe der Ausgleichsrente nach § 1587 g bereits jetzt festgelegt werden, so erscheint es unbedenklich, sie von zwischenzeitlich eintretenden Umständen abhängig zu machen.

¹ Siehe auch unten IX.

IX. Vereinbarungen über den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich

1. Vereinbarungen bis zur Scheidung

a. Selbständige und unselbständige Vereinbarungen

Vor dem Scheidungsverfahren und im Scheidungsverfahren selbst können die Ehegatten eine Vereinbarung schliessen, die sich sowohl auf den Wertausgleich wie auf den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich bezieht, etwa wenn sie den vollständigen Ausschluss eines jeglichen Versorgungsausgleichs (§ 1587 f Nr.5) mit bestimmten Modifikationen vereinbaren. Soweit solche Vereinbarungen den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich betreffen, lassen sie sich als "unselbständig" charakterisieren; sie fallen auch insoweit ohne weiteres unter § 1587 o. Aber auch bei selbständigen oder isolierten Vereinbarungen über den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich, d.h. solchen Vereinbarungen, die sich allein auf die §§ 1587 f bis n beziehen, ist die Anwendbarkeit des § 1587 o und damit ihre grundsätzliche Zulässigkeit nicht zweifelhaft, da es um den Ausgleich von Altersversorgung geht.

b. Vereinbarungsinhalt

Vereinbarungen können zunächst den Umfang des durchzuführenden Ausgleichs regeln, z.B. die Höhe der Ausgleichsrente (§ 1587 g I 1,II) und deren Modalitäten (§1587 k i.V.m.den dort in Bezug genommenen Vorschriften). Zum Umfang des Ausgleichs zählen etwa auch Ausschluss und Modifikation der Abtretungspflicht (§1587 i) oder des Abfindungsanspruchs (§ 1587 l). Insbesondere bei Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs wegen einer in der Versorgung liegenden Unsicherheit¹ sollte stets auch der Abfindungs-

¹ Siehe vor allem oben V.2.

anspruch ausgeschlossen oder hinausgeschoben werden, weil die vorzeitige Abfindung der Berücksichtigung der Unsicherheit entgegensteht. Wird der Abfindungsanspruch gestundet, so kann es sinnvoll sein, gleichzeitig die Erlöschensvorschriften des § 1587 m für den Todesfall des Berechtigten (teilweise) auszuschliessen und den Abfindungsanspruch ohne die Beschränkung durch § 1587 1 III 1,2 in die Erbschaft fallen zu lassen. Zulässig ist auch der Ausschluss der Anrechnung nach § 1587 n¹.

Vereinbarungen können aber auch Voraussetzungen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs (§§ 1587 f, 1587 g I 2, 1587 h) betreffen. Wird hierbei der Ausgleich ausgeschlossen oder durch zusätzliche oder gegenüber dem Gesetz strengere Voraussetzungen erschwert, so stehen dem keine Bedenken entgegen, wenn nur insgesamt ein geeigneter und angemessener Ausgleich (§ 1587 o II 4) stattfindet. Demgegenüber bedeutet die vertragliche Begründung der Ausgleichspflicht oder die Festlegung von erleichterten Ausgleichsvoraussetzungen, dass das Familiengericht auf Antrag eines Ehegatten einen schuldrechtlichen Versorgungsausgleich durchführen muss, der nach dem Gesetz überhaupt nicht oder noch nicht stattfinden würde. Doch bestehen auch gegen eine solche Inanspruchnahme des Gerichts keine durchgreifenden Bedenken, da das Verfahren grundsätzlich vorgesehen und seine vertragliche Vereinbarung nach § 1587 f Nr.5 möglich ist. Die Fiktion der Anspruchsvoraussetzungen hat erst da ihre Grenze, wo es nicht mehr um den Ausgleich von Altersversorgung geht, d.h. beim Schuldner der Ausgleichsrente überhaupt keine Altersversorgung vorliegt.

1 Strobel, MüKo, § 1587 o Anm.13

Die Ehegatten können demnach statt eines Wertausgleichs einen erhöhten schuldrechtlichen Versorgungsausgleich vereinbaren, neben dem Wertausgleich, etwa zum Zweck der Vermögensauseinandersetzung, den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich vorsehen, eine bestimmte Abfindungszahlung ohne Rücksicht auf § 1587 I vereinbaren oder den Fälligkeitszeitpunkt der Ausgleichsrente vorverlegen oder hinausschieben¹. Eine Unterhaltsverpflichtung kann auf diese Weise einbezogen und mittels der Bestimmungen über den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich gesichert werden. Andererseits dürften es die Ehegatten oftmals vorziehen, statt des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs mit seinen besonderen Voraussetzungen eine vorgezogene Unterhaltsverpflichtung (evtl. mit einer ausreichenden Sicherung entsprechend oben VII.4.c.) zu vereinbaren², falls die noch verfallbare betriebliche Altersversorgung unverfallbar wird. Auch Bedingungen und Befristungen kommen in Betracht, etwa dass der Abfindungsanspruch von bestimmten Voraussetzungen abhängig sein, die Ausgleichsrente unter besonderen Umständen ruhen oder ganz entfallen soll. Gegebenenfalls ist es sinnvoll, die Ausgleichsrente einerseits zu erhöhen, andererseits, etwa bis zur Fälligkeit einer Lebensversicherung, zu befristen. Bedenken bestehen insoweit nicht, weil in allen diesen Fällen anders als oben VIII. allenfalls der Anspruch der Parteien untereinander ungewiss ist; im Rahmen des Genehmigungsverfahrens kann die Angemessenheit des Vorbehalts geprüft werden.

c. Gerichtliche Genehmigung

Wie der Wertausgleich bezweckt auch der schuldrechtliche Versorgungsausgleich den Ausgleich der von den Ehegatten in der Ehezeit erworbenen Altersversorgung und damit die Alterssicherung des Berechtigten.

1 Im letzten Punkt ebenso Strobel, MÜKo, §1587 o Anm.13

2 Ambrock, § 1587 o Anm.2; Erman/Ronke, §1587 o Rdnr. 14; Kniebes/Kniebes, DNotZ 1977, 269 ff., 291

Freilich sichert er dessen Altersversorgung in geringerem Masse als der Wertausgleich und hängt zudem nach § 1587 f vom Antrag eines Ehegatten ab, unterbleibt also, wenn die Ehegatten insoweit einig sind. Die auch hier eingreifende Genehmigungspflicht bei Vereinbarungen will ebenso wie beim Wertausgleich sicherstellen, dass die Abweichung von der gesetzlichen Regelung im Ergebnis nicht zu gross ausfällt, nämlich ein angemessener Ausgleich bestehen bleibt und eine angemessene Ausgleichsleistung ihrer Art nach zur Alterssicherung geeignet ist¹. Das zeigt auch § 1587 1 III, der die altersversorgungswirksame Anlage der Abfindung verlangt. Damit ist die Frage, ob bei Modifikationen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs ein milderer Genehmigungsstab eingreift, zu verneinen: Auch hier entscheidet der Vergleich zwischen gesetzlichem und vereinbartem Ausgleich. Wenn der schuldrechtliche Versorgungsausgleich von einem Antrag abhängt, bedeutet dies nicht, dass er der sofortigen Disposition der Parteien unterliegt, sondern nur, dass er so lange nicht stattfindet, wie nicht einer der Ehegatten den Antrag stellt; ein etwa dahingehender Konsens kann jederzeit beendet werden, wenn einer der Ehegatten es sich - aus welchen Gründen immer - "anders überlegt". Es liegt hier nicht anders als bei § 1587 b III, wo der Berechtigte die Durchsetzung des Einzahlungsanspruchs in der Hand hat². Dies darf ihm nicht von vornherein aus der Hand genommen werden. Und dass der schuldrechtliche Versorgungsausgleich den Berechtigten weniger sichert bedeutet gerade nicht, dass er stärker ausgehöhlt werden dürfte, sondern nur, dass auch mit der Vereinbarung eine etwa entsprechende Regelung gefunden werden muss. Daher ist z.B. auch die Abbedingung des § 1587 1 III oder die Sicherung durch Bürgschaft statt Abtretung nach § 1587 i nur zulässig, wenn § 1587 o II 4 insgesamt gewahrt bleibt.

1 Vgl. oben I.3.b.

2 Vgl. oben III.4.c. und VII.1.a.

2. Vereinbarungen nach der Scheidung

Eine rechtskräftige, auch bereits vollzogene, Entscheidung über den Wertausgleich oder eine entsprechende Parteivereinbarung steht der selbständigen Vereinbarung über den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich nicht entgegen. Das gilt auch, wenn das Gericht oder die Parteien bereits eine Bewertung der verfallbaren Versorgung vorgenommen haben. Denn der Streitgegenstand schuldrechtlicher Versorgungsausgleich ist damit noch nicht geregelt. Daher kann auch nach der Scheidung jederzeit, insbesondere auch erst im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens über den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich, eine Vereinbarung geschlossen werden. Diese steht nach § 1587 o im Zusammenhang mit der Scheidung, weil sie sich auf eine konkrete Scheidung bezieht und es auf zeitliche Nähe nicht ankommt¹. Dafür spricht auch, dass die Regelung des § 1587 o selbständig neben den Bestimmungen über Wertausgleich und schuldrechtlichen Versorgungsausgleich steht. Die Vereinbarung kann dem Gegenstand nach nur noch den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich betreffen, braucht sich aber inhaltlich nicht an eine frühere Parteivereinbarung oder Entscheidung des Familiengerichts zu halten. Zulässiger Vereinbarungsinhalt und Genehmigungsgrundsätze entsprechen denen im Scheidungsverfahren (oben 1.).

¹ Im Ergebnis ebenso Bastian/Schmeiduch, § 1587 o Anm.3; Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr. 412; Palandt/Diederichsen, § 1587 o Anm.2; Plagemann, NJW 1977, 844; Reinartz, NJW 1977, 81 ff., 82; Schwab, Handbuch, Rdnr.682; Strobel, MüKo, § 1587 o Anm.5; wohl auch Ruland, NJW 1976, 1713 ff., 1715; a.A. Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1587 o Anm. II 1 a, dessen Argument, die Parteien könnten andernfalls abwarten, bis sich die günstigste Art des Ausgleichs für sie herausstellt, den Fall des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs aber nicht trifft. Vgl. auch oben I.1.b.bb.

Erst wenn über den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich rechtskräftig entschieden ist, soll eine entgegenstehende Vereinbarung ausscheiden¹. Demgegenüber sehen die §§ 1587 g III, 1587 d II bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse eine Durchbrechung der Rechtskraft vor, so dass es auch den Ehegatten nicht verwehrt werden kann, abändernde Vereinbarungen zu treffen. Freilich müssen sich die Verhältnisse tatsächlich wesentlich geändert haben, was das Familiengericht im Rahmen der Genehmigung zu prüfen hat.

¹ So ein Teil der auf S.238 Fn. 1 Genannten, während u.a. Bastian/Schmeiduch Vereinbarungen bis zum durchgeführten (?) Ausgleich zulassen will

D. Dritter Hauptteil: Vereinbarungen durch Ehevertrag
(§ 1408 II)

I. Die allgemeinen Voraussetzungen der Vereinbarung

1. Die Vereinbarung als Ehevertrag

Gemäss § 1408 II 1 können die Ehegatten in einem Ehevertrag durch ausdrückliche Vereinbarung "den Versorgungsausgleich ausschliessen". Da es sich hierbei kraft gesetzlicher Anordnung um einen Ehevertrag handelt, gelten die allgemeinen Vorschriften über den Ehevertrag, insbesondere seine Form (§1410) und die Beteiligung nicht unbeschränkt geschäftsfähiger Ehegatten (§ 1411). § 1410 verlangt Abschluss zur Niederschrift eines Notars bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile¹. Eine Genehmigungspflicht wie in § 1587 o II 3,4 ist nicht vorgesehen, die allein in den §§ 134, 138 liegende Grenze der Dispositionsbefugnis freilich in jedem Stadium zu beachten.

2. Die Jahresfrist des § 1408 II 2

a. Sinn und Zweck der Vorschrift

§ 1408 II 2 bestimmt die Unwirksamkeit des Ausschlusses, wenn innerhalb eines Jahres nach Vertragsschluss Antrag auf Scheidung der Ehe gestellt wird. Diese Einschränkung der Vereinbarungsbefugnis soll, allgemein ausgedrückt, verhindern, dass "die Möglichkeit, den Versorgungsausgleich in einem Ehevertrag auszuschliessen, mit Rücksicht auf eine bevorstehende Scheidung der Ehe missbraucht wird"². Die Literatur beur-

¹ Siehe dazu näher Langenfeld, NJW 1978, 1503 ff., 1503 f.; Reinartz, NJW 1977, 81 ff., 83 f.; Sachs BW NotZ 1977, 51 ff., 52 f.

² BT-Drucks. 7/4694 S.13

teilt den genauen Zweck der Vorschrift nicht ganz einheitlich¹. In erster Linie geht es sicherlich darum, eine - sich nicht notwendig gegenseitig ausschliessende - Abgrenzung der Regelungsbereiche des § 14o8 II und des § 1587 o zu finden, weil jener den entschädigungslosen Ausschluss des Versorgungsausgleichs offenbar zulässt, während dieser mit seiner Genehmigungspflicht eine starke Beschränkung des zulässigen Vereinbarungsinhalts bewirkt. § 1587 o II 3,4 darf nicht dadurch leerlaufen, dass die Ehegatten beliebig auf den bequemerem § 14o8 II 1 ausweichen können. § 14o8 II 2 dient damit dem Schutz des Ausgleichsberechtigten: Ein scheidungs-williger Ehegatte soll nicht den anderen zum Ausschluss des Versorgungsausgleichs überreden können, um dann die Scheidung ohne Versorgungsausgleich zu betreiben. Dabei braucht der "überredete" Ehegatte freilich keineswegs "ahnungslos"² zu sein; auch wenn er die Scheidungsabsicht erkennt, vielleicht sogar selbst geschieden sein will, könnte er (subjektiv) aus verschiedenen Gründen zum Abschluss der Vereinbarung genötigt sein. Insofern will § 14o8 II 2 verhindern, dass der Versorgungsausgleich zum Handelsobjekt³ einer Scheidung wird.

1 Vgl. die wohl etwas engere Auslegung von Ruland/Tiemann, Rdnr.591; Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr. 361; Hillormeier, FamRZ 1976,577 ff., 58o gegenüber der weiteren bei Palandt/Diederichsen, § 14o8 Anm.3 b dd; Rolland, § 1587 o Rdnr.7; Erman/Ronke, § 14o8 Anm.4. Dem Unterschied kommt aber keine praktische Bedeutung zu

2 So aber Langenfeld, NJW 1978, 15o3 ff.,15o4

3 Vogel, FamRZ 1976, 481 ff., 485, Fn.34; Ruland/Tiemann, Rdnr.591 u.a.

Die gesetzliche Regelung scheint dem aufgezeigten Zweck in zweierlei Hinsicht nicht voll gerecht zu werden: Einmal kann die Scheidungsabsicht eines oder beider Ehegatten länger als ein Jahr bestehen, bevor Antrag auf Scheidung der Ehe gestellt wird. Dann ist die konkrete Scheidung Gegenstand der Vereinbarung nach § 1408 II¹. Zum anderen besteht die Möglichkeit, dass umgekehrt bei Abschluss der Vereinbarung innerhalb des einen Jahres vor dem Scheidungsantrag noch keinerlei Scheidungswille bestanden hat. Dann wird eine "ehrliche" Disposition der Ehegatten unwirksam. Demgegenüber musste das Gesetz formalisieren, da sich die Scheidungsabsicht (und vor allem ihr Fehlen!) vor Stellung des Scheidungsantrags kaum beweisen lässt, regelmässig aber bereits eine Zeitlang vorhanden ist. Die formale Fristenregelung setzt sich daher grundsätzlich durch, wobei eine Abbedingung wegen des Zusammenhangs mit dem zwingenden § 1587 o ausscheidet², aber Korrekturen im Einzelfall nicht ausgeschlossen erscheinen und auch Vorkehrungen der Ehegatten durch Verbindung der Vereinbarungen in bestimmtem Umfang möglich sind³.

b. Berechnung der Frist

Schliessen Verlobte den Vertrag, so beginnt nach h.M. die Jahresfrist erst mit der Eheschliessung⁴. Eine Mindermeinung will § 1408 II 2 überhaupt nicht anwenden, weil der Zweck der Bestimmung nicht eingreife⁵. Dieses Argument müsste dann konsequenter-

1 AG Berlin-Charlottenburg FamRZ 1979, 44 f.; aus der Literatur vgl. nur Kanzleiter, MüKo, § 1408 Anm. 20. Siehe ferner die Kritik bei Schwab, DNotZ 1977, Sonderheft 75 Jahre DNotZ, 51 ff., 65

2 Vgl. nur Palandt/Diederichsen, § 1408 Anm. 3 b dd

3 Dazu unten c. und unten 3.

4 Insbesondere Bergerfurth, FamRZ 1977, 440 ff., 441; Reinartz, DNotZ 1978, 267 ff., 282

5 Schwab (wie oben Fn. 1), S. 66; Kanzleiter, MüKo, Ergänzung zu § 1408 Rdnr. 20 sub c

weise auch bei Vertragsschluss unmittelbar nach der Eheschliessung eingreifen. Demgegenüber gibt es durchaus einen Sinn, die Vereinbarung auch bei Verlobten ein Jahr lang unter den Vorbehalt zu stellen, dass kein Scheidungsantrag gestellt wird. Denn der Gesetzgeber will offenbar nicht von Anfang an unbegrenztes Vertrauen in den Bestand der Vereinbarung einräumen und auch bei Verlobten die "schnelle Scheidung" nach Eheschluss nicht begünstigen. Da es auch um diese geringere Vertragsbindung bei neuen Verträgen geht, nicht aber im Vordergrund steht, dem Berechtigten gerade den geringen Ausgleich aus kurzer Ehe zu erhalten, genügt es, auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages, nicht dessen Wirksamkeit (mit der Eheschliessung) abzustellen: Vor der Eheschliessung lässt sich der Vertrag durch Verzicht auf diese zu Fall bringen.

Umstritten ist, was "Stellen" des Scheidungsantrages bedeutet, das prozesstechnische Stellen in der mündlichen Verhandlung (vgl. die §§ 608, 624 III, 273, 137 I ZPO), die Einreichung der Antragschrift beim Familiengericht oder ihre Zustellung an den Antragsgegner (wobei nach § 270 III ZPO die Einreichung genügt, wenn demnächst zugestellt wird)¹. Hier hat die zuletzt genannte und überwiegend vertretene Meinung die besten Argumente auf ihrer Seite, weil die Interessenlage ganz derjenigen entspricht, wie sie auch sonst im Zusammenhang mit der Rechtshängigkeit besteht.

c. Korrekturen in besonderen Fällen?

Fraglich ist, ob die Regelung der Jahresfrist dann "nicht genügt", wenn ein Ehegatte bei Abschluss der Vereinbarung den anderen Ehegatten über seinen fehlenden Willen zur Fortsetzung der Ehe getäuscht hat,

¹ Vgl. die ausführliche Darstellung mit umfangreichen Nachweisen bei OLG Düsseldorf NJW 1980, 2317 f., welches der h.M. folgt

dann aber die Jahresfrist bis zum Scheidungsantrag einhält. Hier vertritt die Literatur die Nichtigkeit der Vereinbarung nach § 138 oder gewährt ein Anfechtungsrecht nach §§ 119 I, II, 123¹. M.E. wird dabei zu wenig berücksichtigt, dass der (potentiell) Berechtigte die Rechtsfolgen der Vereinbarung kennt und sich freiwillig auf sie einlässt. Er muss mit einer früheren oder späteren Scheidung rechnen, zumal sich die Vereinbarung ausschliesslich auf den Fall der Scheidung bezieht. Der Scheidungswille darf daher für die Beurteilung der Vereinbarung keine Rolle spielen, § 1408 II 2 ist insoweit als abschliessende Regelung zu verstehen. Demnach handelt es sich bei einem entsprechenden Irrtum auch nur um einen Motivirrtum und ist eine dahingehende Täuschung nicht arglistig. Zudem dürfte der Abschluss der Vereinbarung kaum auf ihr beruhen. Ebenso scheidet Sittenwidrigkeit aus, weil das Gesetz selbst in diesem Zusammenhang den Fristablauf für die Gültigkeit der Vereinbarung genügen lässt².

Korrekturen der gesetzlichen Regelung werden auch vertreten, wenn der Scheidungsantrag nicht ernstlich (sondern nur um die Vereinbarung zu Fall zu bringen) gestellt³, nachträglich zurückgenommen⁴

1 Diederichsen, NJW 1977, 217 ff., 223; Kanzleiter, MüKo, § 1408 Anm.20

2 Freilich kommt aus anderen Gründen Anfechtbarkeit wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung bzw. die Anwendung von § 138 I oder II in Betracht. Vgl. auch BT-Drucks. 7/4694 S.13 und Bastian/Roth-Stielow, § 1408 Anm.7,8. Dem steht die Formvorschrift des § 1410 keinesfalls entgegen

3 Für Unbeachtlichkeit des Scheidungsantrags Kanzleiter, MüKo, § 1408 Anm.21, dagegen Palandt/Diederichsen, § 1408 Anm.3 b dd

4 Für Wiederaufleben der Vereinbarung (h.M.): AG Berlin-Charlottenburg FamRZ 1979, 44 f.; Reinartz, NJW 1977, 81 ff.; weitere Nachweise aus der Literatur bei Kanzleiter, MüKo, Ergänzung zu § 1408 Rz.21; a.A. z.B. Kniebes/Kniebes, DNotZ 1977, 269 ff., 288; Schön, BWNNotZ 1977, 153 ff., 166

oder abgewiesen¹ wird. Die Unbeachtlichkeit der Antragsrücknahme würde auf ein nur durch die zeitliche Befristung begrenztes, einfach zu handhabendes² Rücktrittsrecht von Vereinbarungen nach § 1408 II hinauslaufen. Das Rechtssicherheitsargument spielt hier deshalb keine Rolle, weil sich die Vereinbarung erst mit Rechtskraft der Ehescheidung auswirkt, also dann, wenn eine Rücknahme des Scheidungsantrags nicht mehr möglich ist. Daher entfallen wie auch sonst bei Antragsrücknahme rückwirkend alle Folgen der Rechtshängigkeit³. Wird der Antrag dagegen abgewiesen, so behält die Rechtsfolge des § 1408 II 2 ihren Sinn, weil sich auch hier eine durch Täuschung oder Nötigung erreichte Vereinbarung vermuten lässt. War der Antrag nicht ernstlich gemeint, so setzt sich schliesslich das Argument der Rechtssicherheit durch: Eine Differenzierung nach dem Grund der Abweisung würde Unsicherheit in die fortbestehende Ehe bringen. Es bleibt dabei, dass die §§ 116 ff. BGB auf Prozesshandlungen nicht anwendbar sind⁴.

3. Der Übergang zwischen Ehevertrag und Scheidungsvereinbarung

a. Verbindung der Vereinbarungen

Bevor Scheidungsantrag gestellt ist, können die Ehegatten Vereinbarungen nach § 1408 II und § 1587 o nebeneinander treffen. Allerdings müssen jeweils

1 Schwab (wie S. 242 Fn.1), S.65, der mit dieser Auffassung aber allein steht

2 Anders liegt es dagegen schon, wenn der Ehegatte erst seinen Scheidungsantrag zurückweisen lassen muss, um die Wirkungen des § 1408 II 2 zu erzielen; dazu siehe sogleich unten im Text

3 Siehe insbes. Reinartz, NJW 1977, 81 ff., 83

4 Vgl. nur Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grundzüge 5 E vor § 128

alle Voraussetzungen der Vereinbarung erfüllt sein, bei § 1587 o insbesondere die Scheidungsabsicht und Kenntnis davon vorliegen¹. Ohne Bedeutung ist die Frage, wie die Vereinbarungen miteinander verbunden werden. Die Ehegatten können etwa den Versorgungsausgleich der beabsichtigten Scheidung regeln (§ 1587 o) und für den Fall, dass es aufgrund der bestehenden Scheidungsabsicht nicht zum Scheidungsantrag kommen wird, eine (entsprechende oder andersartige) Vereinbarung nach § 14o8 II abschließen. Sie können aber auch primär nach § 14o8 II vorgehen, um grundsätzlich jede spätere Scheidung zu erfassen, und dabei mit Rücksicht auf eine bereits bestehende Scheidungsabsicht und die drohende Rechtsfolge des § 14o8 II 2 die konkrete Scheidung nach § 1587 o (entsprechend dessen Anforderungen) hilfsweise regeln².

b. Umdeutung

Die Frage der Umdeutung einer Vereinbarung nach § 14o8 II in eine solche nach § 1587 o stellt sich, wenn binnen Jahresfrist Antrag auf Scheidung gestellt wird. Diese Umdeutung kommt selbst dann nicht in Betracht, wenn die Vereinbarung an sich genehmigungsfähig wäre, weil auch dann der Schutzzweck des § 14o8 II 2 zum Zuge kommt³. Auf eine Scheidungsabsicht bei Vertragsschluss kann nicht abgestellt werden, weil die Ehegatten gerade nicht eine konkrete Scheidung vor Augen hatten und in diesem Falle die Vereinbarung evtl. anders ausgefallen wäre.

1 Reinartz, DNotZ 1978, 267 ff., 272 und oben C.I. 1.a., insbesondere bb.

2 Schon deswegen ist die Ansicht, § 14o8 II 2 verstosse gegen Art. 2, 14 GG (AG Gelsenkirchen FamRZ 1978, 598 f.) abzulehnen

3 Vgl. oben C.I. 1.a.bb.

Umgekehrt lässt sich die Umdeutung einer Vereinbarung nach § 1587 o in eine solche nach § 1408 II erwägen, wenn die Scheidungsabsicht wegfällt oder der Scheidungsantrag abgewiesen wird. Jedoch würde damit eine Scheidungsfolgenregelung, die eine konkrete Scheidung betrifft, für spätere Scheidungen aufrecht erhalten. Das entspricht nicht dem Sinn des § 140, weil die Vereinbarungen grundsätzlich nicht austauschbar sind. Denn es ist davon auszugehen, dass die Ehegatten über die Vereinbarungsarten (und die Möglichkeit gemäss oben a.) belehrt worden sind.

II. Ausschluss, Teilausschluss, Modifikation

1. Stand der Meinungen

Die am stärksten umstrittene Frage des § 1408 II geht dahin, was das Gesetz mit Ausschluss des Versorgungsausgleichs meint, ob damit allein die Möglichkeit eines vollständigen beiderseitigen Ausschlusses eröffnet wird oder ob auch der teilweise Ausschluss und Modifikationen zuzulassen sind. Die Befürworter der Zulässigkeit allein des vollständigen Ausschlusses berufen sich auf den Wortlaut der Bestimmung, das Rechtssicherheitsbedürfnis und das Verbot des Eingriffs in öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse¹. Von demselben Ausgangspunkt her will eine zweite Meinung "ausnahmsweise"

¹ Für Zulassung allein des vollständigen Ausschlusses: Ambrock, § 1408 1. Abs. der Erl.; Friederici, Anwaltsblatt 1978, 159 ff., 160; offenbar auch Hillermeier, FamRZ 1976, 577 ff., 580; Maier, Versorgungsausgleich, § 1408 Anm. 3; ders., Die Angestelltenversicherung 1976, 435 ff., 445; H. Plagemann, BB 1977, 1255 ff., 1257; J. Plagemann, ZVersWiss 1977, 45 ff., 54 ff.; Rohde, NJW 1977, 1763 f., 1764; Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1408 Anm. II 2

Modifikationen gestatten, wenn das Rechtssicherheitsbedürfnis der Ehegatten dadurch nicht beeinträchtigt wird¹. Eine dritte Auffassung hält den Teilausschluss, nicht aber andere Modifikationen für zulässig², während die überwiegende Meinung darüber noch hinausgeht und den Umfang der Vereinbarungsbedürfnis ebenso weit wie bei § 1587 o zieht³.

2. Stellungnahme

Die Begründungen der unterschiedlichen Auffassungen sind zumeist sehr apodiktisch: Weder die schlichte Berufung auf den Wortlaut, noch die lapidare Feststellung, eine Modifikation müsse "erst recht" zulässig sein, wenn schon der vollständige Ausschluss zulässig ist, vermag zu befriedigen. Der Gesetzeswortlaut ist nicht ~~etwa~~ eindeutig, wie auch § 53 d Satz 1, 1. Alt. FGG (keine Entscheidung insoweit, als die Ehegatten den Versorgungsausgleich nach § 1408 II ausgeschlossen haben) zeigt. Ihm kommt angesichts der Entstehungsgeschichte der Bestimmung keine grosse Bedeutung zu; denn der Umfang der Vertragsfreiheit war im Gesetzgebungsverfahren bis zuletzt stark umstritten, ohne dass sich eine Seite

1 Palandt/Diederichsen, § 1408 Anm. 3 b bb

2 Schwab, Handbuch, Rdnr. 673 f.; ders., DNotZ 1977, Sonderheft S. 51 ff., 62 ff.; offenbar auch Glockner/Böhmer, S. 16

3 Bastian/Roth-Stielow, § 1408 Anm. 4; Diederichsen, NJW 1977, 217 ff., 223; Erman/Ronke, § 1408 Rdnr. 2; Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr. 361; Hoffmann, NJW 1977, 235 f. (implizit); Kanzleiter, MÜKo, § 1408 Anm. 19 und Ergänzung ebenda; Kissel, Bd. 1, S. 198; Kniebes/Kniebes, DNotZ 1977, 269 ff., 284 f.; Langenfeld, NJW 1978, 1503 ff., 1505 f.; ders., BWNNotZ 1979, 21 ff., 23 f.; von Maydell, FamRZ 1977, 172 ff., 181; ders., FamRZ 1978, 749 ff., 753 ff.; Reinartz, NJW 1977, 81 ff., 83; ders., DNotZ 1978, 267 ff., 273 ff.; Rolland, § 1587 o Anm. 9 f.; Ruland, NJW 1976, 1713 ff., 1715; Ruland/Tiemann, Rdnr. 594; Ruland, Deutsche Rentenversicherung 1979, 84 ff., 97 ff., mit Einschränkungen (keine Erhöhung der Ausgleichsquote) auch Schön, BWNNotZ 1977, 153 ff., 165 f.

durchgesetzt hätte¹. Dementsprechend sagt auch der Vergleich mit den §§ 1408 I, 1411 I 2, 1412 I, wo das Gesetz neben dem Ausschluss ausdrücklich "Änderungen" des Güterstandes vorsieht, nichts aus. Zudem bestand kein Bedürfnis für den §§ 1411 I 2, 1412 I entsprechende Regelungen². Andererseits ist die Berechtigung des Arguments a majore ad minus zweifelhaft: Teilausschlüsse und insbesondere Modifikationen können gegenüber dem vollständigen Ausschluss etwas qualitativ anderes sein und der Sinn des § 1408 II könnte gerade allein auf letzteren gerichtet sein.

Mit der Forderung nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit kann nicht etwa völlige Klarheit über die wirtschaftlichen Auswirkungen der Vereinbarung gemeint sein; denn diese Klarheit ist gerade auch bei einem völligen Ausschluss wegen der Ungewissheit über die weitere Entwicklung der Versorgung nicht gegeben. Vielmehr kann es nur darum gehen, dass sich die Vereinbarung im Zeitpunkt der Ehescheidung eindeutig auswirken wird und alle Beteiligten darauf hinwirken, dass keine "Überraschungen" für die Ehegatten eintreten. In jedem Falle macht das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit eine Untersuchung der einzelnen Fallgruppen erforderlich, wie schon die unterschiedlichen Schlussfolgerungen bei Palandt/Diederichsen und beispielsweise H. Plagemann ergeben³. Weit über das Ziel hinaus schießt auch das Bedenken eines Eingriffs

1 Vgl. BT-Drucks. 7/4361 S.21 f. (Bericht des Rechtsausschusses einschl. der Stellungnahme der Minderheit); BT-Drucks. 7/4694 S.12 f. (Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat); Erläuterungen des BMJ, S.125 ff., 126 f.; Ruland/Tiemann, Rdnr.594

2 Vgl. auch § 1414

3 Siehe oben S.247 Fn.1 und S.248 Fn.1

in das öffentlich-rechtliche Rentenversicherungssystem. Die Wirkung der Vereinbarung tritt ja, nicht anders als bei § 1587 o, erst mit Rechtskraft der Ehescheidung ein. Freilich darf nicht durch § 1408 II erreicht werden können, was bei Parteivereinbarungen durch § 1587 o I 2 und besondere Grundsätze (Manipulationsverbot) ausgeschlossen ist. Doch steht nichts entgegen, diese Einschränkungen auf Eheverträge nach § 1408 II zu übertragen, zumal die Regelung des § 1587 o I 2 als Ausdruck eines allgemeingültigen Prinzips auch ohne ausdrückliche Normierung Gültigkeit hat¹. Ebenso gelten hier die Grenzen der §§ 1587 b III 1, 2. Halbsatz, 1587 b V. Dass es in einzelnen Fallgruppen besonders schwierig sein mag, die Auswirkungen und damit etwaige Manipulationen schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu erkennen, verschlägt nichts. Denn das Familiengericht prüft die Vereinbarung im Scheidungsverfahren auf Gesetz- und Sittenwidrigkeit; das Unwirksamkeitsrisiko geht zu Lasten der Ehegatten.

Der demnach allein ausschlaggebende Sinn und Zweck der Bestimmung liegt weder nach der einen noch nach der anderen Richtung hin fest. Man kann ihn einmal darin sehen, dass die Ehegatten ihre jeweilige Versorgung nicht erst anlässlich der Scheidung (was dann häufig mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist), sondern bereits im "Friedensstadium" regeln dürfen. Oder man kann darauf abstellen, der Gesetzgeber wolle mit dem Versorgungsausgleich ein Stück Gerechtigkeit verwirklichen und Ausnahmen davon seien eng auszulegen, um keine besonderen Anreize zum Abweichen vom gesetzlichen Grundtatbestand zu geben. Freilich sind gegenüber der letzteren

¹ Siehe oben C.III.2.c.

Interpretation Bedenken anzumelden: Vielfach würde wohl der "stärkere" Ehegatte den totalen und weitgehend ersatzlosen Ausschluss des Versorgungsausgleichs durchsetzen¹, wenn nicht die reale Alternative einer Modifikation eingeräumt ist. Steht umgekehrt der gänzliche Ausschluss unter den Ehegatten nicht zur Debatte, so wäre praktisch keine Vertragsfreiheit gegeben. Das gilt vor allem in dem häufigen Fall, dass sich die Ehegatten eine andersartige Versorgung des Berechtigten als (teilweisen) Ersatz überhaupt nicht leisten könnten. Wenn nun das Bundesverfassungsgericht für die Vereinbarkeit der Grundkonzeption des Versorgungsausgleichs mit dem Grundgesetz auch auf die Gestaltungsfreiheit der Ehegatten nach § 1408 II abstellt², so spricht viel dafür, dass damit auch die praktische Möglichkeit einer Gestaltung der Versorgungsverhältnisse gemeint ist. Der vollständige Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist nicht hinreichend geeignet, einer Minderung der Ehebereitschaft entgegenzuwirken, und führt darüberhinaus zu einem vom Standpunkt des Reformgesetzgebers aus unerwünschten Ergebnis. Das Gestaltungsbedürfnis könnte nur dann als unbeachtlich angesehen werden, wenn es darum ginge, eine in jedem Falle ausgewogene Regelung entweder durchzusetzen oder - falls das nicht möglich ist - überhaupt nicht zum Zuge kommen zu lassen. Dagegen steht schon der Vergleich mit § 1587 o und lässt sich wohl auch die umfassende vertragliche Regelungsbefugnis in bezug auf den Güter-

1 Vgl. die Zahlenangaben für Berlin bei Scheld, JZ 1980, 643 ff., 643: Ausschluss des Versorgungsausgleichs in ca. 5.000 Fällen bei knapp 13.000 Eheschliessungen im ersten Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes

2 BVerfG NJW 1980, 692 ff., 695; zu diesem Punkt auch Scheld, JZ 1980, 643 ff., 643 f.

stand¹ anführen. Bei dessen Modifizierung liegen die Auswirkungen der Vereinbarung ebenfalls keineswegs von vorneherein fest. Insgesamt sprechen die besseren Gründe dafür, bei § 1408 II dieselben Vereinbarungsarten wie bei § 1587 o (ohne die Schranken des § 1587 o II 4) zuzulassen, wobei endgültige Ergebnisse unter dem Vorbehalt einer Einzeluntersuchung stehen.

Inhaltliche Unterschiede bei Vereinbarungen nach § 1408 II ergeben sich zwangsläufig daraus, ob die Vereinbarung im Zusammenhang mit der Eheschliessung steht oder der Vorbereitung der Ehescheidung dient, insbesondere im Hinblick auf eine Trennung nach §§ 1565 II, 1566 I, II geschlossen wird². Konsequenzen für ihre Zulässigkeit sind aus dieser Unterscheidung aber nicht zu ziehen. Eine Vereinbarung kann nur generell zulässig oder unzulässig sein. Jedoch ist die Motivation u.U. im Rahmen von § 138, etwa für die Frage einer Übervorteilung des anderen Ehegatten, von Bedeutung. Hier kann es eine Rolle spielen, ob ein Ehegatte materielle Nachteile in Kauf nimmt, um die Ehe auf ein "gemeinsames psychologisches Fundament" zu stellen oder um die Durchführung einer Scheidung zu erleichtern³.

1 Zum Umfang der Vertragsfreiheit im Ehegüterrecht existiert eine umfangreiche Literatur, auf die nicht näher eingegangen werden kann. Für den hier interessierenden Zusammenhang finden sich Anregungen etwa bei Bärmann, AcP 157 (1958/59), 145 ff., 200 ff.; Heckelmann, FamRZ 1968, 59 ff., 68 f.; Knur, DNotZ 1957, 451 ff., 459 ff., 467 ff.; Rittner, DNotZ 1957, 483 ff., 498 ff.; Zöllner, FamRZ 1965, 113 ff. Letztlich sind die Probleme aber anders gelagert, weil das Ehegüterrecht neben den schuldrechtlichen Beziehungen der Ehegatten insbes. die dingliche Güterzuordnung, die Verfügungszuständigkeit, die Schuldenhaftung und die erbrechtlichen Folgen zu regeln hat (vgl. Zöllner a.a.O., S. 115), während der Versorgungsausgleich vor allem die Zuordnung von Versorgungsanswartschaften betrifft.

2 Vgl. auch Kanzleiter, MüKo, Ergänzung zu § 1408 Rz. 19 unter f.

3 Zur Bedeutung des § 138 ausführlich Hoffmann, NJW 1977, 235 f. und Ruland/Tiemann, Rz. 596 mit umfangreichen Nachweisen. Da der vollständige Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach inzwischen allgemeiner Meinung nicht gegen § 138 verstösst, sind auch gegen den Teilausschluss keine Bedenken aus dieser Bestimmung herzuleiten.

Die Gestaltungsfreiheit im einzelnen

1. Vereinbarungen über die Durchführungsform

a. Allgemeine Zulässigkeit

Für die Änderung der Durchführungsform des Versorgungsausgleichs sind keine anderen Zulässigkeitskriterien ersichtlich als bei Parteivereinbarungen (oben C.III.). Zwar stehen Art und Umfang der Anwartschaften, auf die sich die Änderung beziehen wird und die Person des Ausgleichsverpflichteten meist noch nicht fest. Das hindert die Vereinbarung aber nicht, weil insoweit § 1587 b V die einzige Grenze darstellt. Die mit der Vereinbarung verbundene Ungewissheit wirkt sich nicht nachteiliger aus als die ohnehin immer bestehende Ungewissheit darüber, für wen, in welcher Höhe und welcher Form der gesetzliche Versorgungsausgleich stattfinden wird. Vielmehr wird bereits frühzeitig weitgehend Klarheit über die Durchführungsform geschaffen. Ergibt sich im Scheidungsverfahren, dass die Grenze des § 1587 b V überschritten würde, so kann die Vereinbarung nach § 139 teilweise aufrecht erhalten werden oder schon dahin auszulegen sein, dass die Ehegatten den Wertausgleich nur bis zu der gesetzlichen Grenze vereinbaren wollten.

b. Fallgruppen

Die Ehegatten können die durchaus naheliegende Vereinbarung schliessen, dass - soweit möglich - eine Übertragung nach § 1587 b I (hilfsweise Begründung nach § 1587 b II) stattfinden solle, wenn der gesetzliche Versorgungsausgleich eine Einzahlungspflicht gemäss § 1587 b III ergibt (oben C.III.2.) Das Familiengericht spricht dann in seiner Entscheidung über den Versorgungsausgleich die verabredete Rechtsfolge aus, weil die Vereinbarung selbst eine entsprechende Wirkung nicht besitzen kann¹.

¹ Vgl. § 1587 o I 2 und oben C.III.2.c. sowie oben II.2.

Die Begründung einer Einzahlungspflicht wird allerdings von Ruland für unzulässig gehalten, weil die §§ 1304 b I 1 RVO, 83 b I 1 AVG, 53 e II 1 FGG nur von Vereinbarungen nach § 1587 o sprechen¹. Demgegenüber darf dem Wortlaut dieser Bestimmungen keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Denn das Gesetz wollte sich hinsichtlich der Modifizierung des Versorgungsausgleichs nicht festlegen, diese Frage vielmehr der Auslegung durch Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen. Die Ansicht von Ruland, die Vereinbarung müsse dem Familiengericht zur Genehmigung nach § 1587 o II 3,4 vorgelegt werden, wirft unnötige Zweifelsfragen auf und macht die Funktion einer Genehmigung nicht deutlich. Klarer wäre es dann schon, eine gerichtliche Entscheidung über die Einzahlung zu verlangen, welche nach der hier vertretenen Auffassung aber nur deklaratorische Bedeutung hätte. Die Vereinbarung steht unter dem Vorbehalt des § 1587 b III 1, zweiter Halbsatz; sie wird hinfällig, wenn dessen Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.

Trotz des Wortlauts des § 1587 f Nr.5 können die Ehegatten auch den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich an Stelle eines Wertausgleichs vereinbaren², weil hier dem Wortlaut ebenfalls keine besondere Bedeutung zukommt. Eine solche Übereinkunft scheitert auch nicht an der Ungewissheit darüber, ob und in welcher Höhe ein Versorgungsverzicht geleistet wird. Denn die Einschätzung der damit verbundenen Risiken kann allein den Ehegatten überlassen bleiben, weil anders als bei § 1587 o II 3,4 auch ein gänzlicher Ausschluss ohne weiteres zulässig wäre. Zudem schafft die Vereinbarung durchaus Klarheit über den künftigen Versorgungsausgleich.

1 Ruland/Tiemann, Rz.594 a.E.; nicht mehr behandelt in Deutsche Rentenversicherung 1979, 84 ff.

2 Mustervereinbarung bei Reinartz, DNotZ 1978, 267 ff., 274 mit Modifikationen (S.275); die Zulässigkeit ausdrücklich bejahend auch Langenfeld, NJW 1978, 1503 ff., 1506; Ruland, Deutsche Rentenversicherung 1979, 84 ff., 98 und Schwab, DNotZ 1977, Sonderheft, S.51 ff., 63 sowie Sachs, BWNNotZ 1977, 51 ff., 51

2. Vereinbarungen über die Einstellung von Versorgungswerten

In Betracht kommen hier alle oben C.IV.behandelten Vereinbarungen, wobei freilich, z.B. statt der Einbeziehung verfallbarer Anrechte der betrieblichen Altersversorgung in den Wertausgleich, Vereinbarungen unmittelbar über die Durchführungsform oftmals näher liegen werden. Sollen bestimmte Versorgungsarten aus dem Versorgungsausgleich ausgenommen bleiben, so hängen die Höhe des Versorgungsverzichts und evtl. die Person des Verzichtenden unmittelbar von der (weiteren) Entwicklung der Versorgung ab. Wird z.B. ganz allgemein die betriebliche Altersversorgung aus dem Versorgungsausgleich ausgeklammert, so kommt es für die Auswirkung der Vereinbarung auf den Fortbestand oder den Abschluss von Arbeitsverhältnissen an. Das kann sehr wohl von den Ehegatten so gewollt sein, beispielsweise wenn - bei Gütertrennung - der jeweils nicht berufstätige Ehegatte Kapitalvermögen bilden soll. Grundsätzlich empfiehlt es sich aber, bestimmte Versorgungswerte konkret zu bezeichnen oder jedenfalls die betreffende Versorgung näher einzugrenzen¹. Sinnvoll kann etwa sein, "Anrechte der Ehefrau aufgrund betrieblicher Altersversorgung (aus einem bestimmten Arbeitsverhältnis) in einer Höhe unter DM 100.-- nicht zu berücksichtigen", wenn ein Anreiz zur vorübergehenden Fortsetzung oder zur Beendigung einer Arbeitstätigkeit beabsichtigt ist. Damit kommt auch zum Ausdruck, dass der Ausschluss nur eine Nebenversorgung betrifft, während die betriebliche Altersversorgung zur hauptsächlichen Versorgung eines Ehegatten werden kann, ohne dass die Ehegatten dies bedacht hätten.

¹ Das beachtet m.E. Reinartz, DNotZ 1978, 267 ff., 275 ff. nicht genügend

Die Auswirkung der Vereinbarung als Teilausschluss oder Erhöhung des Ausgleichs begegnet ebenso wie oben C.IV. keinen grundsätzlichen Bedenken. Ein "Eingriff" in das System der gesetzlichen Rentenversicherung oder der beamtenrechtlichen Versorgung ist damit nicht verbunden¹. Die Manipulationsgefahr und das Risiko einer erhöhten Belastung der Solidargemeinschaft vergrössern sich insgesamt nicht durch die längere Zeitspanne bis zur rechtskräftigen Scheidung². Zwar können die Ehegatten einen als nachteilig erkannten Ehevertrag durch einen neuen Ehevertrag und sogar noch im Scheidungsverfahren durch Parteivereinbarung rückgängig machen. Doch stehen ihnen im Rahmen des § 1408 II nicht weitergehende Möglichkeiten als bei § 1587 o zu, so dass nur mit Vereinbarungen zu rechnen ist, die ohnehin im Zusammenhang mit der Scheidung getroffen werden könnten. Keine Schwierigkeiten bereitet auch die Einseitigkeit des Ausschlusses, also die u.U. durchaus zweckmässige Fallgestaltung, dass durch die Ausklammerung von Anrechten oder den Ausschluss ausdrücklich nur ein Ehegatte begünstigt werden soll³. Denn auch der nicht in diesem Sinne einseitig formulierte Ausschluss kommt ja seinem Zweck nach regelmässig nur einem der Ehegatten zugute.

3. Vereinbarungen über die Höhe des Ausgleichs

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass die Ehegatten den Ausgleich der Höhe nach auch mittelbar durch Vereinbarung variieren können, indem sie etwa

1 Vgl. zusammenfassend von Maydell, FamRZ 1978, 749 ff., 753; widersprüchlich Schwab, DNotZ 1977, Sonderheft, S. 51 ff., 62 unten (einerseits) und 63 (andererseits)

2 Vgl. auch die Einschätzung bei Ruland, Deutsche Rentenversicherung 1979, 84 ff., 98, der wegen der geringen Manipulationsgefahr bei § 1408 II im Gegensatz zu § 1587 o eine Erhöhung des Ausgleichs nach § 1587 b I und II ausdrücklich zulässt

3 Kniebes/Kniebes, DNotZ 1977, 269 ff., 285; Reinartz, DNotZ 1978, 267 ff., 277 f.

die Ausgleichsquote herab- oder heraufsetzen (vgl. oben C.V.). Wird z.B. vereinbart, dass "entgegen § 1587 a I 2 dem berechtigten Ehegatten als Ausgleich 40 % des Wertunterschiedes zustehen", so hat das im Scheidungsverfahren klare Auswirkungen und birgt kein besonderes Risiko für die Versichertengemeinschaft in sich. Dasselbe gilt bei einer Erhöhung der Ausgleichsquote, etwa auf 60 oder auch mehr Prozent¹. Im ersten Fall soll häufig für die keiner Berufstätigkeit nachgehende Ehefrau eine eigenständige Versorgung auf Kapitalbasis aufgebaut werden, im zweiten Fall wollen die im Güterstand der Gütertrennung lebenden Ehegatten einen Ausgleich für den Wegfall des Zugewinnausgleichs schaffen usw. Solche Motivationen der Ehegatten sind aber wie auch sonst bei § 1408 II allein Sache der Ehegatten und für die Zulässigkeit der Vereinbarung ohne Bedeutung, wenn sie die Rechtsordnung nicht -wie etwa in den Fällen der §§ 119,123,138- für erheblich erklärt. Eine Beschränkung des Versorgungsausgleichs, die jedem Ehegatten im Grundsatz seinen eigenen Versorgungsstandard belassen will, aber ehebedingte Nachteile auszugleichen sucht, würde dahin gehen, dass zugunsten des Ausgleichsberechtigten Rentenanwartschaften nur in dem Umfang übertragen oder begründet werden sollen, als es notwendig ist, damit ein bestimmter persönlicher Vomhundertsatz (z.B. 130 %) bezogen auf die Ehezeit erreicht wird².

1 Bei Vereinbarungen nach § 1408 II ergeben sich auch keine Einschränkungen daraus, dass der Berechtigte später möglicherweise der öffentlichen Hand zur Last fallen wird. Da dies für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs ebenso anerkannt ist (Ruland/Tiemann, Rz.596 m.Nachw.) wie für den vorzeitigen Unterhaltsverzicht nach § 1585 c (Dieckmann, FamRZ 1977,81 ff.,161 ff.,165; Diederichsen, NJW 1977,353 ff. 362 m.Nachw.in Fn.111 und 112;ders., NJW 1977,217 ff.,223) und den Ausschluss des Zugewinnausgleichs nach § 1408 I (vgl. 1414), kann auch für eine Erhöhung der Ausgleichsquote auf 100 % nichts anderes gelten. Eine Korrektur bedeutet dann aber notfalls die eintretende Unterhaltspflicht nach den §§ 1570 ff. (vgl. Dieckmann, FamRZ 1977,81 ff.,161 ff., insbes. 98 ff.; Diederichsen, NJW 1977,353 ff.,355), deren Schwäche freilich darin liegt, dass sie - auch hier grundsätzlich ohne Verstoß gegen § 138 - abbedungen werden kann

2 Ruland, Deutsche Rentenversicherung 1979, 84 ff., 98

In Frage kommt weiter die einverständliche Bewertung einer Versorgung (oben C.V.2.,4.). Bestimmte Anrechte sollen etwa nur mit der Hälfte des ermittelten Nennwertes eingestellt werden, weil ein Ehegatte schon frühzeitig die mit seiner Versorgung verbundenen Risiken (ausländischer Schuldner, eingeschränkter Leistungsumfang oder - in Verbindung mit einer Einbeziehung in den Wertausgleich - Verfallbarkeit u.a.) berücksichtigt wissen will. Ebenso kann rechtzeitig die Bewertungsmethode für eine Gesamtversorgung, die Dauer der bisherigen Betriebszugehörigkeit oder das gemeinsame Verständnis von "volldynamischer Versorgung" festgelegt werden.

Die Höhe des Ausgleichs betrifft auch eine Vereinbarung, die bestimmte Zeiten vom Versorgungsausgleich ausschliesst. Hierbei sollen, im vorhinein oder nachträglich, die ersten Ehejahre, die Zeit bis zur Geburt des ersten Kindes, Zeiten beiderseitiger Berufstätigkeit oder Zeiten des Getrenntlebens nicht berücksichtigt werden, d.h. bei der Berechnung der auszugleichenden Anrechte eines oder beider Ehegatten nicht als Ehezeit behandelt werden. Bezüglich der betrieblichen Altersversorgung kommt es dann zu einer ratierlichen Kürzung des Ausgleichs, wenn die Ehegatten nicht ausnahmsweise bestimmen, dass auf den konkreten Anwartschaftsverlauf abzustellen ist¹.

¹ Vgl. oben C.V.3.c. Dasselbe gilt nach § 1587 a II Nr.1 für die Beamtenversorgung, während bei der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 1587 a II Nr.2) Berechnungsprobleme entstehen (dazu Smolenski/Schmeiduch, NJW 1979, 301 f.), denen die Ehegatten aber vorbeugen können. Jedenfalls führt die Vereinbarung im Gegensatz zu der Auffassung von Schwab, DNotZ 1977, Sonderheft, S.51 ff., 62 f., dessen Ergebnisse (S.63 f.) insgesamt etwas willkürlich erscheinen, zu einem "klaren Ergebnis"

4. Die Vereinbarung von Vorbehaltsklauseln

Die Vertreter der Zulässigkeit von Modifikationen bejahen allgemein auch die Möglichkeit von Bedingungen, Zeitbestimmungen und Rücktrittsrechten. Dem ist entsprechend den Ausführungen oben C.VIII. und IX.1. b. a.E. zuzustimmen, wenn sich ein solcher Vorbehalt auf die Zeitspanne bis zu einer Ehescheidung bezieht. Dann ist nämlich der vereinbarte Versorgungsausgleich selbst nicht bedingt oder befristet. Unter den Vorbehalt können nicht nur der Versorgungsausgleich bzw. sein Ausschluss, sondern auch Teilausschluss und Modifikation gestellt werden.

Demnach muss man die Abhängigkeit des Versorgungsausgleichs von einer erwarteten Erbschaft oder von beiderseitiger Berufstätigkeit als zulässig, von einer Wiederheirat dagegen als unzulässig ansehen. Wird auf Berufstätigkeit abgestellt, so empfiehlt es sich freilich, auch einem möglichen Missbrauch, etwa bei einseitiger unbegründeter Aufgabe der Berufstätigkeit, durch genaue Bestimmungen Rechnung zu tragen. In Betracht kommt weiter der Ausschluss des Versorgungsausgleichs auf bestimmte Zeit, z.B. für die ersten fünf Ehejahre: Ein Versorgungsausgleich soll dann nicht stattfinden, wenn während der ersten fünf Ehejahre (je nach Intention der Ehegatten) Antrag auf Scheidung der Ehe gestellt oder die Scheidung (rechtskräftig) ausgesprochen wird; anderenfalls verbleibt es beim gesetzlichen Versorgungsausgleich. Hierin liegt ein auflösend bedingter Ausschluss, der nicht etwa deswegen gegen § 138 I verstösst, weil der sozial Schwächere veranlasst würde, die Ehe trotz ihres Scheiterns bis zum Ablauf der Frist durchzuhalten¹. Wenn auch der vollständige

¹ So aber LG Kassel Rechtspfleger 1978, 443 f.

Ausschluss zulässig gewesen wäre, kann dem Ehegatten zugemutet werden, den Ausschluss wie vereinbart hinzunehmen. Wird vereinbart, "Anrechte der betrieblichen Altersversorgung bei einer in die Ehezeit fallenden Betriebszugehörigkeit von weniger als drei Jahren nicht zu berücksichtigen", so handelt es sich um die zulässige Verknüpfung einer Vereinbarung gemäss oben 2. mit einer auflösenden Bedingung¹. Die Grenze der Vereinbarungsbefugnis ist erst überschritten, wenn die Ehegatten den Versorgungsausgleich für die Lebenszeit des Verpflichteten ausschliessen, danach aber zum Zuge kommen lassen wollen. Denn dann liegt eine über die rechtskräftige Scheidung hinausreichende Bedingung vor, die nicht gestattet ist².

5. Sonstige Vereinbarungen

Aus den bisherigen Ausführungen wird bereits deutlich, dass auch der Inhalt der oben beschriebenen Vereinbarungen über einzelne Elemente des Versorgungsausgleichs (oben C.VI.), über die Durchführung des Versorgungsausgleichs (oben C.VII.) und über den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich (oben C.IX.) auf Eheverträge übertragbar ist.

Das Bedürfnis, einzelne Voraussetzungen des Versorgungsausgleichs zu modifizieren, ist im Rahmen von

1 Weitere Beispiele bei Langenfeld, NJW 1978, 1503 ff., 1505 f.; vgl. auch Kanzleiter, MÜKo, Ergänzung zu § 1408 Rdnr. 19 i; Reinartz, DNotZ 1978, 267 ff., 278 ff.; Ruland/Tiemann, Rdnr. 595 und oben S. 231 Fn. 2

2 Im Ergebnis ebenso, aber mit wenig überzeugender Begründung, Diederichsen, NJW 1977, 217 ff., 223 und Palandt/Diederichsen, § 1408 Anm. 3 b bb. Bedenklich unter diesem Gesichtspunkt Ruland, Deutsche Rentenversicherung 1979, 84 ff., 98 f. (ähnlich Ruland/Tiemann, Rdnr. 595 a.E.): Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach dem Willen der Ehegatten unwirksam, wenn einer der Ehegatten sich im Falle des Alters oder der Invalidität nicht angemessen unterhalten kann. Immerhin ist dann noch ein schuldrechtlicher Versorgungsausgleich möglich (vgl. oben C.IX.1.b.)

§ 1408 II grösser als bei § 1587 o. Beispiel: "Unter betrieblicher Altersversorgung sind nur Rentenzahlungen zu verstehen. Kapitalbeträge (oben B.II.4.b.aa.) fallen in den Zugewinnausgleich." Bei der Parteivereinbarung sind im Gegensatz zum Ehevertrag die Auswirkungen einer solchen Modifikation für den konkreten Versorgungsausgleich bekannt, so dass unmittelbar die Ausklammerung der Anwartschaft vereinbart werden kann. Das Einverständnis über den Begriff betriebliche Altersversorgung ist dann Motiv, nicht Gegenstand der Vereinbarung. Bei § 1408 II muss das Motiv zum Gegenstand der Vereinbarung gemacht werden. Dennoch sind auch hier die Auswirkungen im Scheidungsverfahren eindeutig und dieselben wie bei § 1587 o. Ein weiterer Fall ist etwa die Festlegung eines gemeinsamen Verständnisses der Härteklausel (§1587 c Nr.1). Anders als bei § 1587 o steht dem kein grundsätzlich zwingender Versorgungsausgleich im Wege, der durch eine solche Vereinbarung umgangen würde¹; das Familiengericht ist daher im Scheidungsverfahren an die Einigung der Ehegatten gebunden.

Ebenso sind Vereinbarungen über die Modalitäten der Einzahlungspflicht, über das Verfahrensrecht und über die Vollstreckung und Sicherung der Ansprüche im selben Umfang wie oben C.VII.1.3.4. aber ohne die auf § 1587 o II 4 beruhenden Beschränkungen zulässig. Dagegen scheidet ein isolierter Ausschluss oder Teilausschluss der gegenseitigen Auskunftspflicht (oben C. VII.2.) auch hier aus, weil es sich bei § 1587 e I um einen Nebenanspruch handelt, der nicht von dem Gegenstand Versorgungsausgleich getrennt werden kann².

1 Vgl. oben C.II.1.b.bb.; bejahend auch Schön, BWNNotZ 1977, 153 ff., 166

2 Das gilt unabhängig von dem Streit um den Charakter des Auskunftsanspruchs nach § 1587 e I. Vgl. dazu OLG Hamm NJW 1978, 2560 und Palandt/Diederichsen, § 1587 e Anm.2 mit Nachw.

Schliesslich bestehen auch keine Bedenken gegen Vereinbarungen über den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich (oben C.IX.1.), wenn auch eine Festlegung der konkreten Ausgleichsrente dabei kaum in Betracht kommen wird. Praktische Bedeutung können Vereinbarungen erlangen, die einen etwaigen Abfindungsanspruch (§ 1587 1) ausschliessen oder die Voraussetzungen für einen schuldrechtlichen Versorgungsausgleich festlegen.

E. Vierter Hauptteil:

Vereinbarungen vor Inkrafttreten des 1.EheRG (Art.12 Nr.3 Abs.3 Satz 2 des 1. EheRG)

Während nach Inkrafttreten des 1. EheRG am 1.7.1977 Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich nur unter den Voraussetzungen des § 1408 II oder des § 1587 o möglich sind, kommt für die Zeit vorher die Übergangsvorschrift des Art.12 Nr.3 Abs.3 Satz 2 des 1. EheRG zum Zuge. Danach konnten die Ehegatten einen späteren Versorgungsausgleich vermeiden, wenn der Berechtigte von dem Verpflichteten durch Übertragung von Vermögensgegenständen für künftige Unterhaltsansprüche endgültig abgefunden worden ist oder wenn die auszugleichenden Versorgungsansprüche Gegenstand eines Vertrages waren. Mit dieser Vorschrift wurde nach allgemeinem Verständnis eine besondere Kategorie von Vereinbarungen eröffnet, welche einerseits mangels Formvorschrift formfrei waren, andererseits nach überwiegender Auffassung eine Abfindung erforderten. Daneben seien auch Eheverträge ohne Abfindungsregelung, aber in der Form des § 1410 zulässig gewesen¹.

Gegenüber dieser Interpretation sind Zweifel angebracht. Eine dem Wortlaut entsprechende Auslegung gibt durchaus einen guten Sinn: Demnach müssen die zwei Fälle der Regelung strenger unterschieden werden.

¹ BT-Drucks. 7/4361 S.79 f.; Kanzleiter, MüKo, § 1408 Anm.23 mit Fn.59; Palandt/Diederichsen, § 1408 Anm. 3 b ee; Richter, BWNotZ 1976, 101 ff., 105; Voskuhl/Pappai/Niemeyer, Art.12 Nr.3 Abs.3 1.EheRG Anm.II (S.93 f.) und insbes.Ruland/Tiemann, RdNr.608 m.w.N. Vgl. aber auch Plagemann, Die Angestelltenversicherung 1976, 337 ff., 343; von Maydell, FamRZ 1977, 172 ff., 181 f. und Schön, BWNotZ 1977, 153 ff., 155, 165, die nicht einmal eine Gegenleistung für erforderlich halten

Der erste Fall verlangt in der Tat eine Abfindung. Haben die Ehegatten ihren künftigen Unterhalt, insbesondere auch schon bevor die zukünftigen Bestimmungen über den Versorgungsausgleich bekannt waren, selbstständig geordnet, so wird das vom Gesetz respektiert. Wortlaut und Sinn des Gesetzes legen es indes nahe, zu verlangen, dass die Abfindungsleistung nicht nur vereinbart, sondern vor dem 1.7.1977 tatsächlich erbracht und die Angelegenheit für die Ehegatten damit abgewickelt ist; nur dann ist der künftige Unterhalt wirklich gesichert und die vom Gesetz vorgesehene Formfreiheit gerechtfertigt. Zwar besteht meist keine Veranlassung, schon bei bestehender Ehe Abfindungsleistungen zu erbringen. Doch kommt die restriktive Auslegung m.E. der Intention des Gesetzes entgegen, die Möglichkeit des Verpflichteten, sich vom Versorgungsausgleich durch Versprechungen und ohne die Sicherungen der §§ 1408 II, 1410, 1587 o. billig loszukaufen, in engen Grenzen zu halten. In Betracht kommt auch eine Teilabfindung, die den Versorgungsausgleich entsprechend begrenzt. Der zweite Fall des Art. 12 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 betrifft entgegen der dargestellten Meinung keine selbständige Vereinbarungskategorie, sondern nimmt nur Bezug auf die vom Gesetz anderweit zur Verfügung gestellten Vereinbarungsarten. Damit wird gesetzlich klargestellt, dass Eheverträge auch schon vor dem 1.7.1977 zulässig waren, ein Ergebnis, zu dem die Literatur ebenfalls, aber auf anderem Wege gelangt. Dasselbe hat m.E. für Parteivereinbarungen zu gelten: Wenn vorhersehbar war, dass die Scheidung erst nach dem 30.6.1977 erfolgen wird, war eine entsprechende Einigung durchaus schon vorher sinnvoll, um das Scheidungsverfahren nicht unnötig aufzuhalten; sie gelangte erst mit der Scheidung zur vollen Wirksamkeit, wurde freilich gegenstandslos, wenn es vor dem 1.7.1977 zur Scheidung kam. Die hier vertretene Auffassung hat den Vorteil, dass der Versorgungsausgleich nicht ohne weiteres durch formlose Vereinbarung, insbesondere auch in Kenntnis des neuen Eherechts, abbedungen werden konnte, sei es mit, sei es

ohne eine Abfindung. Die Abfindung schützt den Berechtigten nicht ausreichend, weil selbst dann, wenn die auszugleichende Versorgung bereits feststand, rechtlich kein Masstab für ihre Höhe gegeben war¹ und eine Überprüfung auf ihre Angemessenheit nicht stattfindet. Der Streit darüber, was mit "Abfindung" gemeint ist, erscheint ohnehin wenig fruchtbar, wenn - wie unstreitig - der Weg des § 14o8 II bereits offensteht. Obwohl es kaum sinnvoll gewesen wäre, die Ehegatten mit dem entschädigungslosen Ausschluss des Versorgungsausgleichs (entsprechend § 14o8 II) oder einer Parteivereinbarung (entsprechend § 1587 o) warten zu lassen, wenn die Wirkung der Vereinbarung doch erst mit der Ehescheidung und ab dem 1.7.1977 eintritt, ist insoweit eine ausdrückliche Regelung angebracht, weil die §§ 14o8 II, 1587 o noch nicht in Kraft waren. Schliesslich nimmt das Gesetz selbst ausdrücklich auf die nach den Vorschriften des 1. EheRG auszugleichenden Anrechte Bezug; dies legt die Annahme nahe, dass mit "Vertrag" die Vertragstypen des neuen Gesetzes gemeint sind².

Bedenkenswert erscheint, ob nicht das Vertrauen der Ehegatten in die Wirksamkeit der Vereinbarung geschützt werden muss, wenn sie Versorgungsanwartschaften formfrei abgefunden haben. Die Frage ist zu verneinen: Der Schutzzweck der Bestimmung setzt sich durch, auch wenn das Gesetz allgemein anders verstanden worden ist. Die Ehegatten müssen einen neuen Vertrag abschliessen. Fehlt es an der Bereitschaft hierzu, kann das gerade ein Indiz dafür sein, dass die frühere Vereinbarung ohne angemessene Beratung und ausreichende Überlegung zustande gekommen war.

¹ Vgl. Borgmann, Anwaltsblatt 1977, 60 f., 61 und von Maydell, FamRZ 1977, 172 ff., 182. Siehe auch Voskuhl/Pappai/Niemeyer, Art. 12 Nr. 3 Abs. 3 1. EheRG Anm. II (S. 94): "Die anzulegenden Masstäbe dürften ... nicht so streng sein wie bei § 1587 o Abs. 2 Satz 4"

² Nicht behandelt werden hier die vielfach vorgebrachten Bedenken gegen die Verfassungsmässigkeit der Übergangsregelung, insbes. ob der Gesetzgeber bei sog. Althehen jedem Ehegatten die Möglichkeit hätte einräumen müssen, den Versorgungsausgleich durch einseitige Erklärung auszuschliessen. Klargestellt sei nur, dass allen im Text behandelten Auslegungen unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsmässigkeit dieselbe Bedeutung zukommt.

F. Fünfter Hauptteil:

Die Einbeziehung des Trägers der betrieblichen Altersversorgung in die Durchführung des Versorgungsausgleichs

I. Möglichkeiten und Gründe einer Einbeziehung

Während bei dem Ausgleich von Anrechten der gesetzlichen Rentenversicherung und der Beamtenversorgung eine Teilung stattfindet, bleibt die unverfallbare betriebliche Altersversorgung des Verpflichteten von einem Versorgungsausgleich unberührt (vgl. oben B.I.1.a.). Doch erscheint hier eine einverständliche Teilung möglich und insbesondere dann angebracht, wenn insgesamt die Begründung von zusätzlicher Versorgung aus wirtschaftlichen Gründen nicht möglich oder nicht sinnvoll ist. Für den Berechtigten kann es dabei bei der Durchführung über die gesetzliche Rentenversicherung bleiben, kann dieser Weg (bei verfallbarer Versorgung) durch Vereinbarung der Ehegatten neu begründet werden, kann eine neue Versorgungsart, etwa der Abschluss einer Lebensversicherung, gewählt oder die betriebliche Altersversorgung "real geteilt", d.h. auf beide Ehegatten verteilt werden. In allen Fällen entsteht das Problem der Einbeziehung des Trägers der betrieblichen Altersversorgung.

Aus der Sicht des Trägers der betrieblichen Altersversorgung kommen zwei grundlegende Arten der Einbeziehung in Frage: Er stellt den erforderlichen Kapitalbetrag zur Verfügung (unten II.) oder der Berechtigte erhält einen Versorgungsanspruch gegen ihn (unten III.). Im ersten Fall liegt eine Teilabfindung des Anrechts nahe (unten II.1.)¹,

¹ Dazu, dass die Abfindung der Anwartschaft in solchen Fällen an der Einzahlungspflicht gem. § 1587 b III nichts ändert, siehe oben B.III.4.c.

besteht aber auch die Möglichkeit, mit Hilfe eines "Arbeitgeberdarlehens" die Teilung des Anrechts zu vermeiden (unten II.2.). Obwohl bei Teilabfindung und Arbeitgeberdarlehen der gesetzliche Versorgungsausgleich unangetastet bleiben kann und daher nicht notwendig ein Zusammenhang mit einer Vereinbarung der Ehegatten besteht, ist die Erörterung dieser für die Ehegatten oft besonders interessanten Möglichkeit angebracht. Im zweiten Fall geht es um die Abtretung von (künftigen) Versorgungsansprüchen (unten III.1.) oder die Begründung eigener Versorgungsanwartschaften für den Berechtigten beim Versorgungsträger (unten III.2.).

II. Aufbringung des dem Berechtigten "zustehenden" Kapitalbetrages

1. Abfindung von Versorgungsanwartschaften

a. § 3 BetrAVG

aa. Grundsatz

Gem. § 3 BetrAVG können Versorgungsträger und aus dem Unternehmen ausscheidender Arbeitnehmer die Abfindung von bestimmten kraft Gesetz unverfallbaren Versorgungsanwartschaften vereinbaren. Voraussetzung ist, dass die Anwartschaft auf einer Versorgungszusage beruht, die weniger als 10 Jahre vor dem Ausscheiden aus dem Unternehmen erteilt wurde, oder der Arbeitnehmer vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses weniger als 10 Jahre zu dem Kreis der Begünstigten einer Unterstützungskasse gehört hat. Der Zeitraum für diese Abfindungsvereinbarung ist nicht begrenzt. Auch der vor längerer Zeit ausgeschiedene Arbeitnehmer kann sich unter dem Druck einer Einzahlungsverpflichtung noch auf die Abfindung einlassen.

bb. Teilabfindung

In den Fällen des § 1587 b III ist grundsätzlich nur eine Teilabfindung geboten, weil dem Berechtigten im Höchstfalle die Hälfte des Anrechts "zusteht". Ob sich die Abfindung lediglich auf einen Teil der Anwartschaft beziehen kann, ist streitig. Zum Teil wird aus der Formulierung "einmalige Abfindung" in § 3 BetrAVG die Unzulässigkeit einer Teilabfindung gefolgert¹. Diese Auslegung überzeugt schon vom Wortlaut her nicht. "Einmalig" kann auch eine Teilabfindung sein². Vor allem ist nicht ersichtlich, welchen Sinn das Verbot einer Teilabfindung haben sollte. Das Interesse von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, keine Teilabfindung aufgedrängt zu bekommen, wird nicht berührt, weil die Abfindungsregelung immer nur auf vertraglicher Grundlage basiert³. Vielmehr kann eine Teilabfindung, wie gerade auch die Fälle des § 1587 b III zeigen, sehr sinnvoll sein. Der Zusatz "einmalig" verstärkt daher nur den Begriff Abfindung: Die Anwartschaft erlischt, soweit sie abgefunden wird, endgültig.

cc. Höhe

Für den verpflichteten Arbeitnehmer hängt die Entscheidung, ob er einer (Teil-)Abfindung zustimmt, entscheidend davon ab, ob der auszuzahlende Betrag

1 Höfer, § 3 Anm.11 und 12; Kemper, Unverfallbarkeit, S.132

2 So auch Heubeck/Höhne, § 3 Anm.22

3 Dazu, dass auch der Arbeitnehmer nicht eine Abfindung von sich aus verlangen kann, ArbG Köln Betrieb 1976, 252. Noch der Regierungsentwurf hatte freilich in § 3 eine einseitige Abfindungsbefugnis des Arbeitgebers vorgesehen (BT-Drucks.7/1281 S.7). Doch rechtfertigt die Beibehaltung der Formulierung "einmalige Abfindung" nicht die Übernahme einer nur in anderem Zusammenhang sinnvollen Auslegung für eine jetzt ganz anders strukturierte Vorschrift

ausreicht, um eine wertentsprechende Anwartschaft zu begründen bzw. den Wertunterschied auszugleichen (§ 1587 b III). Der Vergleich des § 1587 a II Nr.3 a und b, IV, III Nr.2 i.V.m.der BarwertVO einerseits mit § 3 II 1 i.V.m. § 2 BetrAVG andererseits ergibt bei Direktzusagen und Unterstützungskassen eine grundsätzlich gleiche Bewertung¹. Unterschiede können hier etwa aus der Anwendung von anderen Rechnungsgrundlagen, z.B. aus einem unterschiedlichen Rechnungszins, oder dadurch entstehen, dass die Kapitalisierungsfaktoren der BarwertVO gerundet sind, während § 3 II 3 BetrAVG nicht von gerundeten Werten ausgeht. Nach Inkrafttreten der BarwertVO dürfte es aber den "anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik" entsprechen, bei der Ermittlung des Barwertes die BarwertVO zugrunde zu legen. Bei Direktversicherungen und Pensionskassen berechnet sich die Abfindung nach dem geschäftsplanmäßigen Deckungskapital (§ 3 II 2 BetrAVG), während im Versorgungsausgleich auch hier § 1587 a III Nr.2, nicht Nr.1 zur Anwendung kommt (§ 1587 b IV). Die daraus resultierenden Unterschiede können sich aber allenfalls dann zu Lasten des Arbeitnehmers auswirken, wenn die Abfindungsvereinbarung nach der gerichtlichen Entscheidung über den Versorgungsausgleich abgeschlossen worden ist, weil andernfalls bereits das Anrecht auf die Kapitalleistung auszugleichen ist². Im übrigen müssen Arbeit-

1 Vgl. auch die Beispiele bei Heubeck/Höhne, § 3 Anm.42 und Palandt/Diederichsen, Anh. II zu § 1587 a, § 2 BarwertVO Anm.3 a

2 Siehe oben B.III.4.b.c.; vgl. auch oben C.IV.3.a. bb. cc. jeweils a.E.

geber und Arbeitnehmer von Fall zu Fall unter Abschätzung der Risiken entscheiden, ob sie eine ungewisse Zeit Versorgungsleistungen erbringen bzw. erhalten wollen oder die Versorgung abfinden.

b. Umfang der Vertragsfreiheit: Abfindungsfreiheit und Abfindungsverbot

Wenn § 3 BetrAVG Abfindungsvereinbarungen hinsichtlich bestimmter Anwartschaften ausdrücklich zulässt und hierfür noch die Höhe des Abfindungsbetrages regelt, so scheint es in der Konsequenz zu liegen, dass in bestimmten anderen Fällen keine (beliebigen) Abfindungsvereinbarungen zulässig sind. Ein solches Abfindungsverbot ist aber dem Grunde wie dem Umfang nach weitgehend unklar.

aa. Fortbestehendes Arbeitsverhältnis

Die h.M. sieht Abfindungen bei bestehendem Arbeitsverhältnis als durch § 3 BetrAVG nicht berührt an, hält sie daher für unbeschränkt zulässig¹. Dem ist zuzustimmen. Der Sinn der Unverfallbarkeitsvorschriften, an die § 3 BetrAVG anknüpft, geht dahin, dem Arbeitnehmer die Versorgungsanwartschaft bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erhalten. Die von der Mindermeinung befürchtete Umgehungsgefahr rechtfertigt den generellen Umkehrschluss aus § 3 BetrAVG nicht. Vielmehr genügt es, im Einzelfall eine Umgehung und damit Nichtigkeit (§ 134) anzunehmen, wenn die Abfindung im Zusammenhang mit einem Ausscheiden aus dem Betrieb steht. Auch liegt die

¹ LAG Düsseldorf Betrieb 1976, 2067 f.; Fenge, BB 1975, 1492; Glatzel/Meyer/Wein, § 3 Anm.6; Göppinger, Vereinbarungen, RdNr.449; Höfer, ArbGr.RdNr. 92 und § 3 Anm.6; Kemper, Unverfallbarkeit, S.98 f. und 132; Westpfahl, BB 1976, 1470 f.; Zimmermann, S. 152 f., offengelassen S. 115; a.A. Heubeck/Höhne, § 3 Anm.11; offen Schaub, § 81 V 9 (S.395)

hauptsächliche Stossrichtung der Bestimmung gegen früher in Versorgungsordnungen weitverbreitete Regelungen, nach denen die Anwartschaft beim Ausscheiden einseitig abgefunden werden konnte. Dadurch würde die gesetzliche Unverfallbarkeit freilich ausgehöhlt. Bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis können dagegen gesetzlich unverfallbare - ebenso wie verfallbare und nur vertraglich unverfallbare - Anwartschaften in jedem Stadium ohne Rücksicht auf die Höhe der Abfindungsleistung ganz oder teilweise abgefunden werden.

bb. Beendetes Arbeitsverhältnis

(1) Nach Eintritt des Versorgungsfalles ist die Vertragsfreiheit nicht beschränkt, weil § 3 BetrAVG nur die Abfindung von Versorgungsanwartschaften, nicht von laufenden Versorgungsleistungen reglementiert¹. Innerer Grund dafür ist die fehlende Schutzbedürftigkeit des Betriebspensionärs: Zwar ist die Versuche zu "luxuriösen", auch nicht indirekt der Alterssicherung dienenden Ausgaben für ihn bei Kapitalabfindung grösser. Doch kann und will § 3 BetrAVG nicht sicherstellen, dass der Pensionär Versorgungsleistungen zur Aufrechterhaltung seines Lebensstandards im Alter verwendet, sondern nur, dass die Leistungen, sei es laufend, sei es einmalig, im Alter erbracht werden (und damit nicht vorher verbraucht werden können).

(2) Zweifelhaft ist die Behandlung der länger als in § 3 BetrAVG vorausgesetzt bestehenden kraft Gesetzes unverfallbaren Anwartschaften. Dem Umkehrschluss aus

1 So die einhellige Auffassung in der Literatur: Heubeck/Höhne, § 3 Anm.9; Höfer, § 3 Anm.5; Glatzel/Meyer/Wein, § 3 Anm.6

§ 3 BetrAVG auf die Unzulässigkeit einer Abfindungsvereinbarung¹ wird entgegengehalten, die damit verbundene Einschränkung der Vertragsfreiheit sei "völlig willkürlich"; § 3 BetrAVG bezwecke lediglich die Klarstellung, dass die einseitige Abfindung durch den Arbeitgeber ausgeschlossen sei². Dieser Einwand überzeugt deswegen nicht voll, weil jedenfalls bei wertvolleren Anwartschaften die Erhaltung des Versorgungsscharakters gegenüber den gerade bei einem Ausscheiden oft intensiven Abfindungsbestrebungen ein legitimes Ziel darstellt. Aus demselben Grund muss die Auffassung abgelehnt werden, lediglich solche Absprachen seien unzulässig, die den Arbeitnehmer gezielt wegen seines Ausscheidens abfinden³, ganz abgesehen davon, dass diese Voraussetzung wenig praktikabel erscheint.

Die Streitfrage muss hier nicht endgültig geklärt werden. Aus dem Zweck der Vorschrift heraus ist gegen Abfindungen m.E. jedenfalls dann nichts einzuwenden, wenn ihr Einsatz zu einer mindestens gleichwertigen Altersversorgung gesichert ist. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zu laufenden Altersversorgungsleistungen wegen Verstosses gegen § 3 BetrAVG⁴ ergäbe keinen Sinn, wenn der Arbeitnehmer durch Einzahlung des Abfindungsbetrages in die gesetzliche Rentenversicherung versorgt ist. Entsprechendes gilt (bei Teilabfindung) für den Fall der Einzahlung gemäss § 1587 b III oder § 1587 o: Ein Abfindungsverbot stünde

1 LAG Düsseldorf Betrieb 1977, 2054 ff., 2055; Heubeck/Höhne, § 3 Anm.8; vgl. auch Kiefer/Giloy, § 3 Anm.6 und Schaub/Schusinski/Ströer, § 11, 2 (S.73)

2 Westpfahl, BB 1976, 1470 f., 1471; zustimmend Göppinger, Vereinbarungen, Rdnr.449

3 So aber Höfer, ArbGr. Rdnr.92

4 Vgl. nur Heubeck/Höhne, § 3 Anm.33 f.

geradezu in einem Zielkonflikt zu der Zweckbestimmung der betrieblichen Versorgungsanwartschaft, die ebenso wie die Anwartschaft der gesetzlichen Rentenversicherung und Beamtenversorgung von vornherein auch der Altersversorgung des Arbeitnehmer-Ehegatten dienen soll¹. Dann muss sie in dem Fall, dass mit der Ehegemeinschaft die gemeinsame Versorgung getrennt wird, ihrer Bestimmung zugeführt werden können. Der Gesetzgeber hat den Weg des "Quasi-Splitting" hier nur deshalb nicht gewählt, weil damit dem Arbeitgeber eine (Teil-)Abfindung aufgedrängt würde². Ist der Arbeitgeber mit der Abfindung jedoch einverstanden, entspricht diese Lösung sowohl dem Zweck der Anwartschaft wie dem des Versorgungsausgleichs. Um hinsichtlich des Versorgungszwecks sicherzugehen, sollte der Versorgungsträger nach Absprache mit dem Arbeitnehmer die Einzahlung selbst vornehmen (vgl. unten 3.).

c. Einseitiges Abfindungsrecht

Da § 3 BetrAVG ab Eintritt des Versorgungsfalles nicht mehr zum Zuge kommt, ist nichts gegen Regelungen einzuwenden, die dem Versorgungsträger ein einseitiges Abfindungsrecht bei Eintritt des Versorgungsfalles einräumen oder ihm gestatten, nach seiner Wahl Renten- oder Kapitalleistungen zu erbringen. Solche Klauseln können die Bewertung des Anrechts erschweren³.

1 OLG Stuttgart NJW 1979, 311 ff., 312; BGH NJW 1979 1289 ff., 1290 f.; vgl. auch oben B.I.1.b.

2 Derartige Bedenken scheinen im Bundesjustizministerium jetzt aber zurückgestellt zu werden. Vgl. FAZ v. 6.8.1980 S. 5, wonach Bundesjustizminister Vogel im Südfunk Stuttgart "ziemlich konkrete" rechtspolitische Überlegungen vorgestellt hat, nach denen der Träger einer betrieblichen Altersversorgung der geschiedenen Frau durch Beitragsleistung eine Anwartschaft begründet und dafür die Anwartschaft des Mannes entsprechend gekürzt wird - vielleicht mit einem Risikoabschlag

3 Siehe oben C.V.4.d.a.E.

Vorzeitige Abfindungsrechte können aber, wie sich aus § 3 BetrAVG ergibt, nicht statuiert werden, gleichgültig, ob die Versorgungszusage bereits 10 Jahre bestand oder nicht.

2. Arbeitgeberdarlehen

Praktische Bedeutung kann auch der Fall erlangen, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Darlehen gewährt, mit dem dieser seine Einzahlungsverpflichtung erfüllt. Ob Versorgungsträger und Arbeitgeber dabei identisch oder rechtlich selbständig sind und wer von beiden im letzteren Falle das Darlehen gewährt, spielt für dessen Abwicklung keine grosse Rolle, weil beide wirtschaftlich als Einheit auftreten und damit insbesondere die gegenseitige Abtretung von Darlehensrückzahlungsansprüchen keine Schwierigkeiten bereitet.

a. Arbeitgeberdarlehen ohne Sicherung aus der Versorgungsanwartschaft

aa. Rückzahlung des Darlehens während des Arbeitsverhältnisses

Häufig wird die Rückzahlung des Darlehens in monatlichen Raten vereinbart. Eine Aufrechnung des Arbeitgebers gegen Lohnansprüche ist nur innerhalb der Pfändungsgrenzen zulässig (§§ 394 BGB, 850 ff. ZPO). Entsprechendes gilt, wenn nach dem Darlehensvertrag die Rückzahlungsraten bei den Lohnzahlungen einbehalten werden¹.

Ist der Arbeitnehmer mit der Rückzahlung säumig, so ermöglicht § 392 dem Arbeitgeber die einseitige Aufrechnung auch noch nach zwischenzeitlichen Lohnpfändungen². Er erwirbt nämlich die

1 Vgl. LAG Schleswig-Holstein BB 1964, 596 f., 597; BAG NJW 1977, 1168; Palandt/Heinrichs, § 394 Anm. 1

2 Dazu W. Meyer, AR-Blattei D Darlehen I B II 4 'a

Forderung auf Darlehensrückzahlung bereits mit Auszahlung des Darlehens und damit vor der Beschlagnahme (§ 392, 1.Alternative); und die Darlehensrückzahlung ist - wenn auch vielleicht erst nach der Beschlagnahme - jedenfalls nicht später als der gepfändete Lohnanspruch fällig (§ 392, 2.Alternative). Enthält der Darlehensvertrag eine Verrechnungsklausel, so geht die nachträgliche Lohnpfändung schon wegen § 389 im Umfang der Aufrechnung ins Leere¹. Dieselben Ergebnisse ergeben sich bei einer zwischenzeitlichen Lohnabtretung: Nach § 406 kann der Arbeitgeber aufrechnen, weil die Entstehung des Darlehensrückzahlungsanspruchs vor der Abtretung und seine Fälligkeit nicht nach Fälligkeit der Lohnzahlung liegt. Die Verrechnungsklausel entfaltet schon nach § 404 Wirksamkeit.

bb. Rückzahlung des Darlehens während des Ruhestandsverhältnisses

Soll das Darlehen erst nach Eintritt des Versorgungsfalles in Raten zurückgezahlt oder mit den Versorgungsleistungen verrechnet werden, so ist nicht ganz zweifelnsfrei, ob der Aufrechnungsschutz zugunsten des Ruheständlers eingreift. Eine unbeschränkte Verrechnung auf die Versorgungsleistungen wäre bei einem Vorschuss auf künftig fällig werdende Versorgungsansprüche zulässig, weil mit dem Vorschuss der Versorgungsanspruch (vorzeitig) getilgt wird². Gegen einen Vorschuss sprechen u.a. die meist erhebliche Höhe des Betrages, seine besondere Zweckbestimmung, die lange Dauer zwischen Auszahlung und Verrechnung und der lange Verrechnungszeitraum. Bei wertender Betrachtung lässt sich gerade nicht sagen, der Arbeitnehmer habe die Versorgung für einen bestimmten

1 BGH NJW 1968, 835

2 Vgl.nur Meyer, AR-Blattei D Darlehen I B II 4 b

Zeitraum bereits erhalten. Die Grundsätze über den Vor-
schuss sind m.E. aber insoweit anwendbar, wie dem Be-
triebsrentner oder seinem Ehegatten Leistungen aufgrund
der Einzahlung zustehen. In dieser Höhe greift der Zweck
des Aufrechnungsschutzes nicht ein, so dass der Arbeit-
geber solche laufenden Leistungen der gesetzlichen Ren-
tenversicherung ohne weiteres von der geschuldeten Be-
triebsrente abziehen kann, selbst wenn z.B. Betriebs-
und Sozialversicherungsrente zusammen den pfändungsfrei-
en Betrag nicht übersteigen. Denn insoweit wird auf-
grund eines festgelegten (Teil-)Barwertes der Betriebs-
rente eine Rente - lediglich institutionell anders aus-
gestaltet - ausgezahlt. Dabei kommt es nicht darauf an,
ob die Einzahlung zugunsten des Arbeitnehmers oder im
Falle des Versorgungsausgleichs zugunsten des Ehegatten
erfolgt ist. Da das von einem verheirateten Arbeitneh-
mer erworbene Versorgungsanrecht von vorneherein für die
Versorgung beider Ehegatten bestimmt ist, kann auch die
einverständlich vorgenommene Leistung an den Ehegatten
Erfüllung bedeuten. Im übrigen sind bei der Berechnung
der pfändbaren Versorgung mehrere Versorgungen zusammen-
zuzählen, § 850 e Nrn.2, 2a ZPO.

cc. Zugriff auf die Versorgungsanwartschaft durch Auf-
rechnung

Geht die Aufrechnung mit Lohnansprüchen ins Leere, ins-
besondere weil der Arbeitnehmer inzwischen ausgeschieden
ist oder die Lohnansprüche unter der Pfändungsgrenze
liegen, vorzeitig gepfändet oder unter Inkennntnissetzung
des Arbeitgebers vorzeitig abgetreten waren, so ist für
den Arbeitgeber wegen seines Aufrechnungsprivilegs gegen
die späteren Versorgungsansprüche gewöhnlich¹ keine Eile
geboten.

1 Eine Ausnahme kann in dem seltenen Fall drohender
Verjährung des Darlehensrückzahlungsanspruchs ein-
treten (§ 390 S.2); vgl. S.277 Fn.1

Eine Aufrechnung des Arbeitgebers gegen die Versorgungsanwartschaft dergestalt, dass Anwartschaftswert und Rückzahlungsanspruch gegeneinander verrechnet werden, scheitert schon an dem Erfordernis der Gleichartigkeit in § 387. Hat etwa die unverfallbare Anwartschaft eines Arbeitnehmers auf eine monatliche Rente von DM 100.-- einen Barwert von DM 16.000.--, andererseits der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer einen wegen Ausscheidens insgesamt fällig gewordenen Rückzahlungsanspruch in Höhe von DM 4.000.--, so kann der Arbeitgeber nicht durch Aufrechnung mit diesem Betrag die Anwartschaft in Höhe eines Viertels tilgen und dem Arbeitnehmer somit nur noch eine Anwartschaft auf eine monatliche Rente von DM 75.-- belassen. Dies würde auf eine oben abgelehnte einseitige Abfindungsbefugnis des Arbeitgebers hinauslaufen, die auch gegenüber dem verschuldeten Arbeitnehmer auszuschließen hat.

Die Aufrechnung kann aber unter der Voraussetzung, dass der Arbeitgeber die ihm obliegende Leistung bewirken kann (§ 387 a.E.), gegen die späteren Versorgungsansprüche erklärt werden. Obwohl Bewirkenkönnen der Leistung nicht mit Abfindungsbefugnis gleichzusetzen ist, dürfen die dort massgebenden Gesichtspunkte nicht ausser acht gelassen werden. Die Rechtsprechung schränkt die Zulässigkeit vorzeitiger Tilgung von Versorgungsansprüchen demnach zu Recht ein. Ein Ruhegehalt sei dazu bestimmt, die Versorgung des Berechtigten für sein Alter oder bei Erwerbsunfähigkeit zu sichern. Diesen Zweck würden regelmässig fortlaufende Bezüge "im allgemeinen" besser gewährleisten als Vorauszahlungen auf lange Zeiträume. Damit seien auch einer Tilgung erst in Zukunft fällig werdender Ruhegeldbeträge im Wege der Aufrechnung Grenzen gezogen. "Für den Regelfall" sei der Zeitraum vorzeitiger Erfüllbarkeit mit sechs Monaten anzusetzen¹.

¹ BGH NJW 1972, 154 f., 154 mit Darstellung der Konsequenzen bei Verjährung der Forderung des Arbeitgebers (S.155 mit Bezugnahme auf RG Seuff Arch 93, 257 ff., 259)

Da es hier nicht wie bei der Abgrenzung Darlehen - Vor- schuss darum geht, dem Versorgungsberechtigten das Exi- stenzminimum zu sichern, sondern darum, den Versorgungs- charakter der Leistungen überhaupt aufrecht zu erhalten und den Versorgungszweck nicht durch Auseinanderfallen von Leistungszeitpunkt und Bedarfszeitraum zu perver- tieren, kann m.E. auch in voller Höhe berücksichtigt werden, dass durch die Einzahlung des Darlehensbetrages in die gesetzliche Rentenversicherung der grundlegende Zweck der Alterssicherung gewahrt ist. Die Tilgung der Versorgungsansprüche durch Aufrechnung kann den Versor- gungszweck nicht mehr in Frage stellen. Daher kann der Arbeitgeber bei Fälligkeit der Darlehensrückzahlung auch schon vor Eintritt des Versorgungsfalles eine ein- malige Aufrechnung gegen die zukünftigen Versorgungsan- sprüche erklären.

dd. Zugriff auf die Versorgungsanwartschaft durch Pfändung

Schliesslich kann der Arbeitgeber die zukünftigen Ver- sorgungsansprüche des Arbeitnehmers auch pfänden lassen¹. Ein Bedürfnis dafür besteht aber praktisch kaum, weil die Pfän- dungsbefugnis ihrem Umfang nach nicht weitergeht als die Aufrechnungsbefugnis und die Voraussetzungen für eine Aufrechnung meist vorliegen werden. Immerhin können die Vertragsparteien einen festen Rückzahlungszeitraum be- stimmt und dabei die Möglichkeit der vorzeitigen Er- werbsunfähigkeit übersehen haben, so dass der Darlehens- rückzahlungsanspruch bei Eintritt des Versorgungsfalles noch nicht fällig ist und die Aufrechnung an § 387 schei- tert. Wenn dann keine berichtigende Auslegung der Fällig- keitsvereinbarung möglich ist, bleibt nur noch ein Arrest gemäss §§ 916 I, II, 917, 930, 829 ZPO.

¹ Zur Pfändung von künftigen Forderungen siehe BGHZ 53, 29 ff., 32

b. Arbeitgeberdarlehen mit Sicherung aus der Versorgungsanwartschaft

aa. Sinn und Zweck einer Sicherung

Einer Sicherung der Darlehensrückzahlung auf der Grundlage der Versorgungsanwartschaft kommt u.U. Bedeutung zu, wenn und soweit die Aufrechnung unzulässig ist, also solange der Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers nicht fällig ist und soweit die Pfändungsgrenzen der Aufrechnung entgegenstehen.

bb. Verpfändung der Versorgungsanwartschaft an den Arbeitgeber

Pfandgäubiger kann auch der Schuldner der verpfändeten Forderung sein¹. Das Pfandrecht kann nach §§ 1204 II, 1273 II für einen künftigen Rückzahlungsanspruch bestellt werden. Die zukünftige (auch noch verfallbare) Forderung auf Altersversorgung ist verpfändbar, da sie hinreichend bestimmt, der Höhe nach durch entsprechende Anwendung von § 2 BetrAVG jedenfalls bestimmbar ist². Nicht entgegen steht auch § 3 BetrAVG, der nur gegen den endgültigen Verlust der Versorgungsanwartschaft schützt.

Der Aufrechnungs- und Pfändungsschutz der §§ 394 BGB, 850 ff. ZPO bleibt dem Arbeitnehmer nach den §§ 1274 II, 400 BGB, 850 ff. ZPO erhalten. Das Verpfändungsverbot muss aber ebenso wie das Abtretungsverbot des § 400 entfallen, soweit der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber freiwillig wirtschaftlich gleichwertige Leistungen erhält³.

1 BGH VersR 1953,469 ff.,470 (in NJW 1953,1865 ff. insoweit nicht abgedruckt); BGH LM § 610 Nr.1 B1.402 Rücksl. jeweils m.Nachw. aus der Rechtsprechung des RG

2 Zu diesem Erfordernis Palandt/Bassenge, § 1273 Anm.1c

3 Vgl. grundlegend BGHZ 4,153 ff. zum Abtretungsverbot des § 400, insbes. auch 162 ff. zur aufschiebend bedingten Abtretung; BGHZ 13,360 ff.,367 ff.; BGHZ 59, 109 ff., 115 m.w.N.

Auf dem Darlehen beruhende laufende Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung, auch solche zugunsten des Ehegatten, können in diesem Sinne angerechnet werden, weil sie "mediatisierte Versorgungsleistungen" des Arbeitgebers sind. Damit ist der zulässige Umfang der Verpfändung nicht weitergezogen, als die Aufrechnungsmöglichkeit nach oben a.bb. ohnehin reicht.

Der Sinn der Verpfändung besteht in der Anwendbarkeit des § 1281. Danach kann der Arbeitgeber, solange die Darlehensrückzahlung noch nicht fällig ist, die Altersversorgung an sich selbst und für den Arbeitnehmer gemeinschaftlich leisten, das geschuldete Geld für sich und den Arbeitnehmer hinterlegen. Bei Fälligkeit kann er dann aufrechnen und das hinterlegte Geld für sich beanspruchen.

cc. Sicherungsabtretung der Versorgungsanwartschaft an den Arbeitgeber

Nimmt man bei Abtretung einer Forderung an den Schuldner ausnahmslos ein Erlöschen der Forderung durch Konfusion an¹, ist eine Abtretung zur Sicherung des Rückzahlungsanspruchs nicht möglich. Anderenfalls ergibt sich wie bei der Verpfändung, dass der Arbeitgeber bei Fälligkeit des Versorgungsanspruchs nicht an den Arbeitnehmer zu zahlen braucht, sondern entsprechend der Sicherungsabrede die Fälligkeit seines Rückzahlungsanspruchs abwarten und, wenn der Arbeitnehmer nicht zahlt, durch Aufrechnung Erfüllung herbeiführen kann. Da die Abtretung den oben bb. beschriebenen Grenzen unterliegt, würde die Sicherungsmöglichkeit aber keinesfalls weitergehen als dort.

¹ So BGH VersR 1953, 469 ff., 470 (in NJW 1953, 1865 ff. insoweit nicht abgedruckt); a.A. für die Sicherungsabtretung Dörstling, NJW 1954, 1429 ff. Folgt man dem BGH, bleibt nur, wenn nicht eine Verrechnung gewollt war, die Umdeutung in eine Verpfändung der Forderung

3. Die Einzahlung des Ausgleichsbetrags durch den Arbeitgeber

a. Sicherung der Zweckbestimmung

Nicht schon die Zweckbestimmung des Darlehens als solche, sondern erst seine tatsächliche Verwendung zur Alterssicherung erleichtert dem Arbeitgeber oftmals die Tilgung (oben 2.), und die Abfindung kann von dieser Voraussetzung überhaupt abhängen (oben 1.b.bb.). Daher ist für den Arbeitgeber von Bedeutung, ob er die zweckentsprechende Verwendung des Kapitals sicherstellen kann, indem er den Betrag selbst statt des Verpflichteten in die gesetzliche Rentenversicherung einzahlt.

b. Einzahlung mit Zustimmung des Arbeitnehmers

Fast immer wird die Zustimmung des verpflichteten Arbeitnehmers (Betriebsrentners) vorliegen, weil die unmittelbare Einzahlung Bestandteil des Abfindungs- oder Darlehensvertrages ist. Die Einzahlungspflicht aus § 1587 b III oder § 1587 o ist ihrem Gegenstand nach unpersönlich. Die Rechtsfolgen der Einzahlung sind von der Person des Einzahlenden unabhängig und nur an die Person des Berechtigten geknüpft. Die gesetzliche Rentenversicherung kann nicht daran interessiert sein, wer die Einzahlung vornimmt. Ein etwaiges Interesse, die Einzahlungen gering zu halten, wäre vom Gesetzeszweck nicht gedeckt; vielmehr muss das Gesetz davon ausgehen, dass zulässige Einzahlungen auch tatsächlich stattfinden. Der Verpflichtete hat daher nicht etwa in Person zu leisten (§ 267 I 1).

Im Innenverhältnis liegt häufig ein Auftrag (§ 662) vor. In Betracht kommen eine Erfüllungsübernahme (§ 329) und ein Schuldbeitritt, nicht aber - wegen des zwingenden Charakters des Versorgungsausgleichs - eine Schuldübernahme des Arbeitgebers (§§ 414, 415).

c. Einzahlung ohne Zustimmung des Arbeitnehmers

Der Arbeitgeber kann aber auch vor der Entscheidung stehen, ob er die Einzahlung in die gesetzliche Rentenversicherung ohne Zustimmung des Arbeitnehmers und gegen dessen Willen vornehmen soll. Gegenüber der gesetzlichen Rentenversicherung ist die Einzahlung aus den Gründen oben b. auch in diesem Falle zulässig (§ 267 I 2)¹.

Im Innenverhältnis stellt die unmittelbare Einzahlung durch den Arbeitgeber zwar keine Vertragserfüllung dar; doch wird durch sie die Verpflichtung des Arbeitnehmers gegenüber dem berechtigten Ehegatten erfüllt. Der Arbeitgeber erwirbt damit einen Ersatzanspruch (§§ 683, 679) oder einen Bereicherungsanspruch (§§ 684, 812) gegen den Arbeitnehmer, mit dem er gegen dessen Erfüllungsanspruch aufrechnen kann².

d. Bereiterklärung seitens des Arbeitgebers

Nach den §§ 1304 b I 3 RVO, 83 b I 3 AVG steht der Einzahlung in die gesetzliche Rentenversicherung eine Bereiterklärung gleich, wenn die Beiträge unverzüglich entrichtet werden. Fraglich ist, ob auch der Arbeitgeber eine solche Bereiterklärung abgeben kann. Nach der Formulierung des Gesetzes folgt das Recht zur Bereiterklärung dem Einzahlungsrecht. So gestattet etwa

1 In der Literatur wird nur das Einzahlungsrecht des ausgleichsberechtigten Ehegatten behandelt und ohne weiteres bejaht; vgl. nur Maier, MüKo, § 1587 b Anm.167; Ruland/Tiemann, Rdnr.454, jeweils mit Nachw.

2 Die in der Einzahlung liegende Geschäftsführung ohne Auftrag ist keineswegs immer durch § 679 gerechtfertigt (a.A. aber für den Ehegatten Ruland/Tiemann, Rdnr. 454). Ein Bereicherungsanspruch nach den §§ 684, 812 wird aber nicht etwa durch § 814 ausgeschlossen, und ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers (§ 678) scheitert am Schaden, weil der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber ohnehin zur Einzahlung verpflichtet ist

Maier ihre Abgabe folgerichtig dem Berechtigten¹. Entscheidend ist, dass sich aus der Bereiterklärung eine besondere Berechtigung oder Verpflichtung für den Erklärenden nicht ergibt. Ihre Wirkungen hängen allein von der späteren unverzüglichen Einzahlung ab, so dass es auf die Person des Erklärenden, etwa auf dessen Zahlungsfähigkeit, nicht ankommt. Die Vergünstigung, die Höhe der Beiträge nach dem Zeitpunkt der Bereiterklärung berechnen zu dürfen, wird gewährt, um dem Einzahlenden die Möglichkeit zu geben, abzuwarten, bis die genaue Höhe der Ausgleichspflicht feststeht (vgl. § 13o4 b I 3, 2.Halbsatz RVO), und den erforderlichen Geldbetrag bereitzustellen, ohne von einer zwischenzeitlichen Verteuerung betroffen zu werden. Die Bereiterklärung zeigt dem Rentenversicherungsträger damit lediglich eine eventuelle Einzahlung in einem konkreten Fall an. Sie muss daher auch dem Arbeitgeber gestattet sein. Freilich besitzt auch die vom Verpflichteten abgegebene Erklärung die beschriebene Wirkung, wenn dann der Arbeitgeber die unverzügliche Einzahlung vornimmt.

1 Maier, MüKo, § 1587 b Anm.167; zur Bereiterklärung allgemein u.a. Bergner, DRV 1977, 1ff., 8 f.

III. Realteilung der betrieblichen Altersversorgung zwischen den Ehegatten

1. Abtretung von Versorgungsansprüchen an den Berechtigten

a. Zulässigkeit der Abtretung

aa. Der Abtretungsausschluss gem. § 399

Die Abtretung von Versorgungsansprüchen bedarf nach § 398 an sich nicht der Mitwirkung des Arbeitgebers. Allerdings wird die Abtretung in Ruhegeldvereinbarungen und Versorgungsordnungen regelmässig gem. § 399 ausgeschlossen¹. Willigt der Arbeitgeber dennoch in die Abtretung ein oder genehmigt er sie, so ist sie jedenfalls wegen einer darin liegenden Aufhebung des Abtretungsverbots oder entsprechend § 185 I oder II² wirksam.

Nicht zweifelsfrei ist im übrigen, ob das Abtretungsverbot auch unter Ehegatten eingreift. Der häufig mit ihm verbundene Zweck, dem Versorgungsberechtigten die Versorgung zu sichern, verlangt das nicht. Wenn die Versorgung wesensgemäss für beide Ehegatten bestimmt ist, wird der Versorgungszweck durch eine Teilabtretung an den Ehegatten nicht vereitelt, sondern gerade erfüllt. Doch kann man einen Abtretungsausschluss nicht nur insoweit als gültig ansehen, wie er dem beabsichtigten Zweck im Einzelfall dient. Vor allem bleibt seine weitere Funktion, nämlich den Schuldner vor dem durch Abtretungen entstehenden Verwaltungsaufwand zu schützen, bestehen.

¹ Vgl. nur Heissmann, Ruhegeldverpflichtungen, S.525

² Hierzu Erman/Westermann, § 399 Rdnr.3; Roth, MüKo. § 399 Anm.26,34,36; Staudinger/Kaduk, § 399 Anm.109

Nach § 1587 i II ist die Abtretung von Versorgungsansprüchen an den Ehegatten beim schuldrechtlichen Versorgungsausgleich ohne Rücksicht auf einen Abtretungsausschluss wirksam. Der Abtretungsanspruch des Berechtigten (§ 1587 i I), der den Anspruch auf Ausgleichsrente (§ 1587 g I) sichert, ist stärker als gesetzliche oder vertragliche Abtretungsverbote. M.E. ist dieser Gedanke nicht auf den Abtretungsanspruch des § 1587 i I beschränkt, sondern lässt sich auf Abtretungen ausdehnen, die nach dem gesetzlichen Versorgungsausgleich nicht vorgesehen sind. Die im Vordergrund stehende Schutzbedürftigkeit des Berechtigten hängt nur davon ab, ob eine als Ausgleich der Versorgung zulässige Abtretung stattfindet, nicht davon, welche Rechtsgrundlage die Abtretung hat. Jeder Wertausgleich gem. § 1587 b III kann ohnehin in einen schuldrechtlichen Versorgungsausgleich übergehen (§ 1587 f Nr.3). Daran zeigt sich, dass das Interesse des Arbeitgebers am Bestand des Abtretungsverbots im Scheidungsfalle zurückstehen muss. Die Formulierung des § 1587 i II "Abtretung ... gem. Abs.1" verweist nicht abschliessend auf die Voraussetzungen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs; sie stellt nur klar, dass die Abtretung in Höhe der Ausgleichspflicht gemeint ist. Schliesslich sind die §§ 1587 f ff. auch anwendbar, wenn der schuldrechtliche Versorgungsausgleich vereinbart wird, wobei Vereinbarungen über einzelne Bestimmungen grundsätzlich möglich sind¹. Für die Anwendbarkeit des § 1587 i II kann es daher keinen Unterschied machen, ob ein "nachgeholtes Splitting"² oder ein von vorneherein vereinbartes vorliegt. Daraus folgt weiter, dass die zulässige Abtretung der Höhe nach nicht auf den Betrag beschränkt ist, der sich aus der Anwendung der §§ 1587 g I 1, II 1, 1587 a II Nr.3 ergäbe.

1 Vgl. etwa oben C.IX 1.b.

2 Vgl. BT-Drucks7/650 S.168 und die treffende Bezeichnung bei Palandt/Diederichsen, § 1587 i Anm.3

Einer Abtretung steht auch nicht § 399, 1. Alternative entgegen: Der Geldanspruch kann von der Person des Gläubigers getrennt werden, ohne dass sich sein Inhalt verändert¹. Dazu dient der Anspruch - worauf es bei Naturalleistungen ankommen kann - weiterhin der Versorgung.

bb. Der Abtretungsausschluss gem. § 400

Einer Abtretung an den Ehegatten können die Pfändungsgrenzen der §§ 850 ff. ZPO entgegenstehen (§ 400). Auch hier muss aber § 1587 i II angewandt werden, der das Abtretungsverbot des § 400 ebenfalls zugunsten des Ehegatten zurückstellt. Die Begründung entspricht der von oben aa., wobei nicht das Interesse des Arbeitgebers, sondern das des Arbeitnehmers an der Erhaltung seiner Versorgung weichen muss. Dieses Interesse ist dem Versorgungsausgleich unabhängig von seiner Form untergeordnet. § 1587 i II drückt damit nur den allgemeinen Rechtsgedanken aus, dass der Versorgungsausgleich unabhängig von der Höhe der erworbenen Versorgung stattfindet.

cc. Der Zeitpunkt der Abtretung

Die Abtretung ist nicht auf laufende Versorgungsleistungen beschränkt. Schon im Anwartschaftsstadium können die zukünftigen Versorgungsansprüche abgetreten werden (vgl. auch oben II. 2. b. bb. bei S. 279 Fn. 2).

b. Zulässigkeit der Vereinbarung nach § 1587 o

aa. Abtretung statt schuldrechtlichem Versorgungsausgleich

Beim schuldrechtlichen Versorgungsausgleich besteht primär der Anspruch auf Ausgleichsrente (§ 1587 g I), die Abtretung von Versorgungsansprüchen geschieht nur

¹ Vgl. Erman/Westermann, § 399 Rdnr. 7 und Staudinger/Kaduk, § 399 Rdnr. 52

erfüllungshalber. Der Berechtigte kann daher auf den Anspruch aus § 1587 g I zurückgreifen, wenn die Befriedigung aus den Versorgungsansprüchen nicht gelingt. Die Vereinbarung der Abtretung bedeutet dagegen, dass der Versorgungsausgleich mit der Abtretung endgültig erledigt ist. Der Berechtigte trägt hier das Ausfallrisiko für seinen Versorgungsteil.

Hinsichtlich der Voraussetzungen für eine Versorgung steht der Berechtigte im Vereinbarungsfalle günstiger, da nur der Verpflichtete die Versorgung erlangt haben muss (vgl. demgegenüber § 1587 g I 2). Nachträgliche Veränderungen der Versorgung finden über § 404 Berücksichtigung, wobei etwaige Kürzungen der Versorgung, unabhängig davon, ob ein bezifferter Teilbetrag oder ein Bruchteil der Versorgung abgetreten war, beide Ehegatten anteilig treffen¹. Der schuldrechtliche Versorgungsausgleich hält hier die §§ 1587 g II 2, III, 1587 d II mit ihrem relativ engen Anwendungsbereich² bereit. Die Beendigung der Versorgung sollte extra geregelt werden, der Versorgungsanspruch nicht an die Erben des Berechtigten fallen; die Anwendbarkeit des § 1587 k II erscheint hier nämlich zweifelhaft. Auch kann beim Tod des Verpflichteten eine Abstandszahlung aus der Erbschaft vorgesehen werden. Beim schuldrechtlichen Versorgungsausgleich erlischt der Ausgleichsanspruch mit dem Tod des Berechtigten und fällt der abgetretene Versorgungsanspruch an den Verpflichteten zurück (§ 1587 k II 1,2). Schliesslich entfällt im Vereinbarungsfalle der Abfindungsanspruch des § 1587 1.

1 Vgl. BGHZ 46, 242 ff., 244

2 Dazu Erman/Ronke, § 1587 g Rz 11; Maier, MÜKo, § 1587 g Anm. 21-23, 25; Voskuhl/Pappai/Niemeyer, § 1587 g Anm. III 2 a; ein weiteres, aber ebenfalls nicht jede Änderung der Versorgung berücksichtigendes Verständnis der Regelung bei Rolland, § 1587 g Anm. 8 ff.; Ruland, Rz 520 f. und wohl auch bei Ambrock, § 1587 g Anm. IV; Bastian/Schmeiduch, § 1587 g Anm. 16 ff.

Die Vereinbarung stellt den Berechtigten damit z.T. besser. Gleichermassen entfällt die Versorgung mit dem Tod des Verpflichteten¹. Die Verschlechterungen fallen praktisch kaum ins Gewicht, wobei die Überbürdung des Klagrisikos auf den Berechtigten angemessen erscheint, weil ja auch der Verpflichtete dieses Risiko trägt. Insgesamt bestehen gegen die Vereinbarung keine Bedenken aus § 1587 o II 4, wenn es auch häufig näher liegen mag, den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich lediglich zu modifizieren.

bb. Abtretung statt Wertausgleich

Die aus § 1587 o II 4 resultierenden Beurteilungskriterien und Bedenken sind hier grundsätzlich dieselben wie bei der Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs (oben C.III.4.). Zusätzlich sind die Unterschiede zwischen schuldrechtlichem Versorgungsausgleich und Abtretung (oben aa.) zu berücksichtigen.

Der Wertausgleich sichert dem Berechtigten eine selbständige Versorgung bei Alter und Erwerbsunfähigkeit. Der abgetretene Anspruch knüpft dagegen in seinen Voraussetzungen an den Verpflichteten an. Ist der Versorgungsfall beim Verpflichteten bereits eingetreten, so erhält der Berechtigte zwar sofort Leistungen. Ob er damit für Erwerbsunfähigkeit und Alter gesichert ist und ein nach Art und Höhe angemessener Ausgleich stattfindet, lässt sich indes nur im Einzelfall bei Prüfung der voraussichtlichen Entwicklung beurteilen. Ist der Versorgungsfall beim Verpflichteten noch nicht eingetreten, kommt zu der Gefahr des Fortfalls der Versorgung im Todesfalle des Verpflichteten das Risiko hinzu, dass der Versorgungsfall beim Verpflichteten später als beim Berechtigten eintritt. Dieses Risiko ist aber häufig leichter kalkulierbar.

1. S. oben S. 154 Fn.2

Für die Zulässigkeit der Vereinbarung spricht in gewisser Weise auch der Bericht des Rechtsausschusses¹, der es ausdrücklich als Vorteil herausstellt, wenn "die Qualität der von den Ehegatten gewählten Versorgung erhalten bliebe und der Ausgleichsverpflichtete nicht gezwungen wäre, erhebliche Beträge für die Entrichtung von Beiträgen zu einer gesetzlichen Rentenversicherung aufzubringen". Auch wenn die Mehrheit des Ausschusses den Weg der Realteilung wegen des damit verbundenen Eingriffs in privatrechtliche Vereinbarungen nicht für gangbar hält, so verweist sie doch ausdrücklich auf § 1587 o, der insoweit ausreichend Raum für Lösungen biete, die den besonderen Verhältnissen der Ehegatten besser entsprechen als die gesetzlich vorgesehene Regellösung.

c. Abwicklung des Ausgleichs im einzelnen

Der Arbeitgeber hat bei Fälligkeit den abgetretenen Teil der Versorgung an den Berechtigten zu zahlen (§ 398 S.2). Anpassungen der Versorgung nach § 16 BetrAVG und anderen Wertsteigerungen lässt sich am einfachsten durch die Abtretung eines Bruchteils der vollen Versorgung Rechnung tragen.

Der verpflichtete Arbeitnehmer muss dem Berechtigten die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft erteilen und Beweisurkunden, z.B. schriftliche Versorgungszusagen, bei Teilabtretung zumindest eine beglaubigte Abschrift, ausliefern (§ 402). Dass Auskünfte über die Versorgung nach den §§ 1587 e I, 1587 k I, 1580 schon vor Abschluss der Vereinbarung verlangt werden konnten, steht dem nicht entgegen. Der Verpflichtete kann sich die Kenntnis durch Studium der Versorgungsordnung oder durch Nachfrage beim Arbeitgeber erwerben,

¹ BT-Drucks.7/4361 S.39 (ähnlich S.42); mit den zitierten Äusserungen ist freilich in erster Linie die Begründung einer eigenständigen gleichartigen Versorgung für den Berechtigten gemeint; s.dazu unten 2.

der nach § 2 VI BetrAVG oder allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen entsprechende Auskünfte zu erteilen hat.

Nach § 404 können dem Berechtigten nachträglich entstandene Einwendungen aus der Versorgung selbst, wie etwa zulässige Kürzungen, entgegengehalten werden; denn solche nachträglichen Änderungen sind in der Versorgung bereits angelegt¹.

Wegen der §§ 406, 407 ist die Inkennntnissetzung des Arbeitgebers für den Berechtigten von grosser Bedeutung². Die Gefahr eines Zusammenwirkens von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu Lasten des Berechtigten ist somit gering zu veranschlagen. Gibt der Arbeitgeber nach Kenntnis von der Abtretung dem Arbeitnehmer ein Darlehen, so kann er mit seinem Rückzahlungsanspruch nicht gegenüber dem Berechtigten aufrechnen. § 1587 p ist, weil auf die besonderen Verhältnisse der gesetzlichen Rentenversicherung zugeschnitten, nicht entsprechend anwendbar. Zulässig ist aber die Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung aus dem Arbeitsverhältnis, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber nachträglich geschädigt hat; denn der Rechtsgrund der Schadensersatzforderung hat im Zeitpunkt der Abtretung schon bestanden und der (Versorgungs-)Schuldner soll aufgrund der Abtretung nicht schlechter stehen³. Dass der Berechtigte dadurch Versorgung einbüsst, stellt die Zulässigkeit des Ausgleichs durch Abtretung nicht in Frage. Denn abgesehen von den

1 Vgl. BGHZ 25,27 ff., 29 f.; BGHZ 58, 327 ff., 330 f.; Erman/Westermann, § 404 Rdnr.4; Roth, MüKo, § 404 Anm. 12; Staudinger/Kaduk, § 404 Anm.42. Speziell zur Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts aus § 273 siehe BGHZ 58, 327 ff., 330 f.

2 Der Arbeitgeber kann freilich auch (ausnahmsweise) auf eine Aufrechnung gegenüber dem Berechtigten verzichten

3 Vgl. BGH JZ 1962, 92 ff.

regelmässig schützend eingreifenden Pfändungsgrenzen (§ 394) widerspricht eine "Mithaftung" des Berechtigten durchaus nicht dem Sinn der Versorgung. Unabhängig von der Auslegung des § 1587 g II 2 erscheint es angemessen, wenn die Versorgung nicht als in der Ehezeit abgeschlossener Tatbestand behandelt wird, beide Ehegatten nicht nur an ihrem Erwerb, sondern auch an ihrem Verlust beteiligt sind. Auch wenn die Schädigung vordergründig nichts mit der Altersversorgung zu tun hat, bekämen ja beide Ehegatten diesen Verlust zu spüren, wenn die Ehe nicht geschieden würde. Und wenn der Arbeitgeber nicht mit Altersversorgung, sondern mit Lohnansprüchen aufrechnet, würde sich das bei der Höhe des Unterhalts nach den §§ 157o ff. auswirken.

2. Begründung von eigenen Versorgungsanwartschaften der betrieblichen Altersversorgung beim Berechtigten

a. Selbständige Anknüpfung der Alterssicherung

Die Schwäche der Abtretung von (zukünftigen) Versorgungsansprüchen besteht darin, dass die Versorgung des Berechtigten von dem Versicherungsverlauf beim Verpflichteten abhängt. Das eigentliche Ziel des Wertausgleichs, die eigenständige Versorgung des Berechtigten, kann aber auch ohne den Weg über eine gesetzliche Rentenversicherung mit Hilfe des Arbeitgebers erreicht werden. Eine selbständige Anknüpfung durch Vereinbarung kommt auch bei verfallbarer, nicht nur bei unverfallbarer oder bereits laufender Versorgung in Betracht.

Zwar ist die Übertragung von Versorgungsanwartschaften nur nach den §§ 398 ff., nicht aber mit einer den §§ 1587 b I BGB, 13o4 a RVO entsprechenden Wirkung möglich, weil die Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung lediglich die Vorstufe einer schuldrechtlichen Forderung, keine "dingliche" Rechtsposition im Sinne sachenrechtlicher Anwartschaften darstellt. Daran ändert auch die Sonderbehandlung durch das BetrAVG nichts. Entsprechendes gilt für Ansprüche auf laufende Versorgungsleistungen.

Dem steht aber nicht das Versprechen des Arbeitgebers entgegen, den Berechtigten so zu stellen, als handele es sich um eine Übertragung von Anwartschaften in dem genannten Sinne. Es liegt dann eine selbständige Zusage auf Altersversorgung vor. Die Anwartschaft soll entweder von Anfang an unverfallbar sein oder gleichzeitig mit der des Verpflichteten unverfallbar werden (bzw. verfallen). Gleichzeitig erklärt sich der Verpflichtete mit einer entsprechenden "Kürzung" einverstanden, was als Teilabfindung auch dann zulässig ist, wenn gemäss oben II.1. ein bestimmter Abfindungsbetrag (aber keine Barauszahlung!) oder Verwendung zur Altersvorsorge vorausgesetzt wird. Der Arbeitgeber kann wegen des ganz andersartigen Versicherungsrisikos Vorteile erzielen, aber auch Nachteile erleiden, sollte freilich derartige Vereinbarungen nicht allein unter ökonomischen Gesichtspunkten sehen.

b. Fallgruppen

Sind beide Ehegatten bei demselben Arbeitgeber beschäftigt, macht die Begründung einer (unverfallbaren) Anwartschaft für den Berechtigten rechtlich wie tatsächlich die geringsten Schwierigkeiten. Entsprechendes gilt bei verschiedenen Arbeitgebern, wenn derselbe Versorgungsträger zuständig ist. Hat etwa ein 10 Jahre lang verheirateter Arbeitnehmer in 20-jähriger Betriebszugehörigkeit eine unverfallbare Anwartschaft in Höhe von DM 200.-- erworben, so verspricht der Arbeitgeber der berechtigten Ehefrau eine (zusätzliche) unverfallbare Altersversorgung in Höhe von DM 50.--; dafür wird die Versorgung des Mannes um DM 50.-- gekürzt. Ist die Versorgung des Mannes statisch, z.B. auf einen bestimmten Betrag je Dienstjahr gerichtet, so entwickelt sich auch die neu begründete Versorgung im Anwartschaftsstadium nicht; laufende Leistungen müssen dann nach § 16 BetrAVG angepasst werden. Bei volldynamischer Versorgung wächst die neu begründete Anwartschaft in gleicher Weise; die Regelung kommt hier dem § 1587 b I am nächsten.

Ist der berechnigte Ehegatte überhaupt nicht als Arbeitnehmer beschäftigt, erscheint eine Versorgungszusage zwar begrifflich möglich, fällt aber nach den §§ 1 I, 17 I 1 und 2 BetrAVG nicht unter die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Betriebsrentengesetzes. Sie lässt sich nach derzeit geltendem Recht auch nicht als Annex der Altersversorgung des Arbeitnehmers verstehen. Immerhin könnte die Anwendung des BetrAVG, d.h. die völlige Gleichstellung des Berechnigten mit einem Arbeitnehmer, vereinbart werden. Schliesslich besteht auch hier die Möglichkeit von Pensionsrückstellungen nach § 6 a EStG, für den es allein auf eine betrieblich veranlasste Pensionsverpflichtung ankommt¹.

Sind beide Ehegatten bei verschiedenen Arbeitgebern beschäftigt, finden die §§ 1 I, 17 I BetrAVG auf die Zusage des Arbeitgebers an den Berechnigten ebenfalls keine Anwendung, da ein Arbeitsverhältnis zu dem die Zusage erteilenden Arbeitgeber bestehen muss. In Betracht kommt aber, dass der Arbeitgeber des Berechnigten die entsprechende Zusage macht und dafür zwischen den beiden Arbeitgebern ein Ausgleich stattfindet.

c. Eignung als Ausgleich: Insolvenzversicherung

Die neubegründeten Anwartschaften des Berechnigten können mangels echter Übertragungsmöglichkeit nur vertraglich unverfallbar sein. Sie fallen daher nach § 7 II BetrAVG nicht unter den Insolvenzschutz². Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Beitragspflicht des Arbeitgebers gem. § 10 III BetrAVG anhand der Versorgungsleistungen und unverfallbaren Anwartschaften berechnet wird, sich die unverfallbaren Anwartschaften insgesamt nicht erhöhen und der Pensionssicherungsverein auf

1 Dazu ausführlich Heubeck/Rau, § 19 - § 6 a EStG Anm. 21 ff., 77 ff., 83 mit Nachw. Die betriebliche Veranlassung wird wegen des Zusammenhangs mit der Abfindung kaum zu bezweifeln sein

2 Siehe oben B.V.1.b. und 2.c.cc.

die Auswahl der Versicherten ohnehin keinen Einfluss besitzt. Erst recht besteht keine Insolvenzversicherung, wenn die gesamten arbeitsrechtlichen Vorschriften des BetrAVG nur kraft Vereinbarung gelten. In diesem Falle scheidet auch eine spätere gesetzliche Unverfallbarkeit (und damit Insolvenzversicherung) aus.

Ist die Zusage auf sofortige laufende Leistungen gerichtet, kann die Insolvenzversicherung eingreifen (§ 7 I BetrAVG). Dass der Berechtigte bereits Versorgungsempfänger ist, steht der unmittelbaren Anwendung des BetrAVG auf die Versorgungszusage m.E. nicht entgegen, wenn er nur bei dem zusagenden Arbeitgeber beschäftigt war (§ 17 I 2 BetrAVG).

Eine Qualitätsverschlechterung braucht auch nicht beim Ausgleich verfallbarer Versorgungsanwartschaften eintreten: Die neubegründete verfallbare Anwartschaft kann u.U. ebenso schnell unverfallbar werden (z.B. nach § 1 I 1, 2. Alternative BetrAVG in drei Jahren) wie die ausgeglichene. Für den Fall, dass die ausgeglichene Anwartschaft noch verfällt, kann sich der Arbeitgeber durch Vereinbarung einer Bedingung schützen, die auch dann zum Fortfall der neuen Anwartschaft führt, wenn diese nach § 1 BetrAVG bereits unverfallbar war. § 1 BetrAVG steht einer solchen Bedingung nicht entgegen, weil es sich nicht um eine zeitbezogene Versorgungsvoraussetzung handelt.

d. Zulässigkeit der Vereinbarung nach § 1587 o

Soweit gemäss oben c. eine Qualitätsverschlechterung der Versorgung nicht eintritt, bestehen gegen die Vereinbarung aus § 1587 o II 4 keine Bedenken. Dasselbe kann meist für nur kurzfristige Verschlechterungen gelten, insbesondere wenn eine vertraglich unverfallbare Anwartschaft in überschaubarer Zeit gesetzlich unverfallbar werden wird (wobei dem freilich vorzeitiges Ausscheiden aus dem Betrieb entgegensteht). Soll eine unverfallbare Anwartschaft ausgeglichen werden, ist die Verein-

barung jedenfalls dann nicht genehmigungsfähig, wenn schon keine vertragliche Unverfallbarkeit zugestanden wird; denn die Gefahr des Verfalls bei Ausscheiden ist zu gross¹.

Im übrigen hängt die Eignung der Leistung zur Alterssicherung von dem Stellenwert der Insolvenzversicherung im Rahmen einer Vereinbarung ab. Wenn auch der Insolvenzschutz ein Kernstück der Sicherung der betrieblichen Altersversorgung darstellt, so kann ihm doch nicht bei jeder Einzelbeurteilung nach § 1587 o II 4 ausschlaggebende Bedeutung zugemessen werden. Regelmässig wird die Genehmigung nur dann zu verweigern sein, wenn konkrete Anhaltspunkte einer Insolvenzgefahr vorliegen. Dem steht nicht entgegen, dass für die Einbeziehung in den Wertausgleich eine solche Prognose auszuschneiden hat (oben B.V. 2.c.cc.). Schliesslich kann auch eine zusätzliche Sicherung für den Insolvenzfall vereinbart werden, etwa durch Abtretung von insolvenzgeschützten Versorgungsansprüchen an den Berechtigten. Nicht zu verkennen ist aber, dass der Verpflichtete damit bei Eintritt der Bedingung doppelt belastet wird.

3. Splitting der Versorgung schon bei der Zusage?

Nach den Ausführungen oben 2.b. kann der Arbeitgeber die Versorgungszusage praktisch allenfalls dann von vorneherein an beide Ehegatten getrennt erteilen, wenn beide bei ihm auch beschäftigt sind. Auch wenn einem der Ehegatten an sich keine oder nur eine geringe Versorgung zustünde, würde jedem Ehegatten eine gleich hohe Versorgungszusage erteilt. Bei Ausscheiden eines Ehegatten aus dem Betrieb müsste der Versorgungserwerb für die Zukunft herauf- bzw. herabgesetzt werden. Hat z.B. ein Arbeitnehmer einen Versorgungsanspruch von DM 10.-- für jedes abgeleistete Dienstjahr und würde seine Ehefrau, die neu in den Betrieb eintritt, aufgrund ihres

¹ Besteht kein Arbeitsverhältnis zum zusagenden Arbeitgeber, verbietet sich eine solche Vereinbarung von selbst

geringen Verdienstes eine Versorgungszusage in Höhe von DM 6.-- je Dienstjahr erhalten, so erhält jetzt jeder Ehegatte DM 8.-- für jedes gemeinsame Jahr der Betriebszugehörigkeit. Schwieriger, wenn auch nicht von vorneherein ausgeschlossen, wäre eine entsprechende Regelung etwa bei einer Gesamtversorgung.

Die von vorneherein gesplittete Zusage macht den Ausgleich der betrieblichen Altersversorgung nur für die Zeit gemeinsamer Betriebszugehörigkeit, die nur selten mit der Ehezeit übereinstimmen wird, überflüssig. Dann lassen sich die gleich hohen Versorgungsanwartschaften der Ehegatten nach § 1587 b III 1 vollständig gegeneinander verrechnen (vgl. oben C. III. 1.c. a.E.). Ob sich der damit verbundene Aufwand lohnt, erscheint freilich sehr zweifelhaft.

G. Zusammenfassung

I. Mit dem Begriff "betriebliche Altersversorgung" in § 1587 a II Nr.3 knüpft der Gesetzgeber bewusst an § 1 BetrAVG an. Entsprechend dem Zweck des Versorgungsausgleichs ist freilich ein gegenüber dem BetrAVG zum Teil abweichendes Verständnis angebracht.

1. Einer Altersversorgung stehen weder offene Altersgrenze noch fehlendes Mindestlebensalter entgegen. Altersversorgung verlangt, dass ein dauernder Ausfall von Arbeitsverdienst abgedeckt wird und keine besondere Zweckbestimmung eingreift. Damit können u.U. auch Sozialplanansprüche, Übergangsgelder, Überbrückungs- und Lohnausgleichszahlungen, Treueprämien und bei Erreichen der Altersgrenze auszuzahlende Tantiemen einbezogen sein (S.12-24).

Invaliditätsversorgung setzt nicht Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit im technischen Sinne voraus, wenn nur die bisherige Tätigkeit aus Gesundheitsgründen nicht mehr voll ausgeübt werden kann. Bei strengeren Voraussetzungen in einer Versorgungsordnung greift aber nur der schuldrechtliche Versorgungsausgleich ein. Ausgleichspflichtig kann auch eine betriebliche Unfallversicherung oder Berufsunfähigkeitsversicherung sein (S.25-33).

Der Ausgleich einer Hinterbliebenenversorgung kommt nicht beim Arbeitnehmer, wohl aber beim versorgungsberechtigten Ehegatten in Betracht. Die Bewertung im Wertausgleich ist Sache des Familiengerichts und der Parteien (S.34-36).

2. Die Anwendung des § 1587 a II Nr.3 deckt sich mit dem persönlichen Geltungsbereich des BetrAVG (§§ 1, 17 I 2 BetrAVG). "Betrieblicher" Charakter der Versorgung ist in erster Linie durch den wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Arbeits-

tätigkeit gekennzeichnet. Bei Beschäftigungsverhältnissen zwischen Familienangehörigen, insbesondere Ehegatten, kommt es auf die betriebsübliche, hilfsweise auf die angemessene Regelung an. Altersversorgungsleistungen ohne Versorgungszusage fallen in den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich (S. 37-46).

Bei Versicherungen muss der Arbeitgeber die Durchführung als Versicherungsnehmer in der Hand haben. Es kommt nicht darauf an, ob der Arbeitgeber "zusätzliche" Leistungen erbringt oder Einkommen des Arbeitnehmers vereinbarungsgemäss zur Altersversorgung verwendet. Die vom Arbeitgeber finanzierte Höherversicherung (§ 1234 RVO) fällt aufgrund ihrer Durchführungsform unter § 1587 II Nr.4 c, die entsprechende Weiterversicherung (§ 1233 RVO) unter § 1587 II Nr.2 (S. 47-53).

3. Der Versorgungsausgleich umfasst ebenso wie das BetrAVG wiederkehrende Sachleistungen, weil der Ausgleichszweck das verlangt und dieselben Regelungsprobleme wie bei Geldleistungen auftreten; das Bewertungsproblem erscheint lösbar. Blosser Vergünstigungen scheiden freilich aus. Einmalige Leistungen sind als Kapitalzahlungen wie als Sachleistungen ausgleichspflichtig. Ihr Versorgungscharakter ist unzweifelhaft, die Bewertung trotz fehlender Regelung in der BarwertVO möglich (S. 53-60).

Bei Mischformen hat man die Leistung grundsätzlich nach den verschiedenen Leistungszwecken zu trennen. Die Qualifikation ausländischer betrieblicher Altersversorgung erfolgt nach deutschem Recht. Damit ist dem Problem ihrer Einbeziehung in den Wertausgleich die Schärfe genommen, weil zumindest ein der Insolvenzversicherung des BetrAVG vergleichbarer Tatbestand vorausgesetzt wird (S.60-63).

4. Das Versorgungsstadium und die Wahrscheinlichkeit des Versorgungserwerbs sind für den Begriff der betrieb-

lichen Altersversorgung irrelevant. Daher entfällt die Notwendigkeit einer exakten Abgrenzung zwischen Anwartschaften und Aussichten. Das entscheidende Kriterium für den Wertausgleich besteht in der Unverfallbarkeit der Versorgungsposition. "Aussicht" bezeichnet nicht etwa eine Mindestvoraussetzung für den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich. Auch das nach den §§ 1587 c Nr.2, 1587 h Nr.2 nicht entstandene oder entfallene Anrecht kann Grundlage einer Ausgleichspflicht sein (S. 64-78).

Die Versorgung ist unabhängig von dem Zeitpunkt einer Zusage grundsätzlich dann in der Ehezeit begründet oder aufrechterhalten worden, wenn sich Ehezeit und Betriebszugehörigkeit wenigstens teilweise decken (S. 79-84).

5. Unverfallbarkeit im Sinne des Versorgungsausgleichs setzt eine bestimmte Verfestigung der Versorgung voraus welche sich nicht nur auf das Ausscheiden aus dem Betrieb erstreckt, sondern allgemein die Durchführung des Wertausgleichs rechtfertigt. Die Versorgung muss den gewöhnlichen Standard eines arbeitsrechtlich unverfallbaren Anrechts besitzen. Allgemeine Risiken der betrieblichen Altersversorgung, wie z.B. die ohnehin geltenden allgemeinen Widerrufsvorbehalte oder der fehlende Rechtsanspruch bei Unterstützungskassen sind zu vernachlässigen. Dagegen stehen etwa gesteigerte Widerrufsvorbehalte, blosse vertragliche Unverfallbarkeit, fehlende Insolvenzsicherung aus besonderen Gründen und Wartezeiten bei der Invaliditätsversorgung einem Wertausgleich entgegen (S. 85-103).

- II. 1. Parteivereinbarungen nach § 1587 o müssen im Zusammenhang mit der Scheidung stehen. Vor Einreichung des Scheidungsantrags genügt die dem anderen Ehegatten bekannte Scheidungsabsicht eines Ehegatten. Diese muss gerade zu dem Scheidungsverfahren führen, in

dessen Rahmen die Vereinbarung vorgelegt wird. Entgegen der ganz herrschenden Meinung kann das Familiengericht schon vor Anhängigkeit des Scheidungsantrags über die Erteilung der Genehmigung entscheiden. Die Dispositionsbefugnis bleibt bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den zu regelnden Gegenstand bestehen (S. 104-120).

Angemessenheit des Ausgleichs (§ 1587 o II 4) bedeutet, dass der vereinbarte Ausgleich seinem Wert nach dem gesetzlichen Versorgungsausgleich ungefähr zu entsprechen hat. Sie ist regelmässig bei einem Ausgleich des Wertunterschieds zu 85 % gewahrt; andererseits genügt es, wenn der Ausgleichsverzicht absolut gesehen gering ist. § 1587 o II 4 schützt nicht nur den Berechtigten, sondern auch den Verpflichteten. Besondere Gründe können im Einzelfall die Beurteilung der Angemessenheit beeinflussen. Dazu gehören z.B. Besonderheiten von auszugleichenden Versorgungspositionen, nicht aber beiderseitige Berufstätigkeit oder anderweitige wirtschaftliche Sicherung der Ehegatten. Alterssicherung des Berechtigten muss, wenn sie nicht anderweitig gegeben ist, insoweit verlangt werden, wie der angemessene Ausgleich reicht. Demnach kommt auch ein entschädigungsloser Ausschluss des Versorgungsausgleichs in Betracht (S. 120-133).

2. Vereinbarungen können sich auf die Durchführungsform beziehen. Dabei darf grundsätzlich zwischen den drei Formen des Wertausgleichs frei gewählt, insbesondere auch die Einzahlung gem. § 1587 b III durch Splitting oder Quasisplitting ersetzt werden. § 1587 o I 2 schliesst nur die unmittelbare Veränderung der Rentenanwartschaften durch Vereinbarung aus. Dafür spricht einmal das praktische Bedürfnis. Vor allem gleicht sich eine Veränderung der versicherten Risiken insgesamt aus und besteht nur eine geringe Manipulationsgefahr. Bei der Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs sind die möglichen Nachteile (und Vorteile) für den Berechtigten im Einzelfall abzuschätzen, wobei auf die Grössenordnung etwaiger

Nachteile und die Wahrscheinlichkeit ihrer Realisierung abgestellt werden muss. Schliesslich ist auch die Vereinbarung des Wertausgleichs durch Einzahlung anstelle des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs ebenso wie der isolierte Ausschluss einzelner Durchführungsformen statthaft (S. 134-158).

3. Vereinbarungen können sich auch auf die Einstellung von Versorgungswerten beziehen. Werden einzelne Anrechte aus dem Versorgungsausgleich ausgeklammert, so bestehen gegen eine damit etwa verbundene Erhöhung der Ausgleichsquote keine durchgreifenden Bedenken. Die Behandlung unverfallbarer Anrechte als verfallbar bietet sich insbesondere zur Vermeidung eines "Doppel ausgleichs" und generell beim Zusammentreffen von verfallbarer und unverfallbarer Versorgung an. Umgekehrt lassen sich auch verfallbare Anrechte in den Wertausgleich einbeziehen. Dasselbe gilt für sonstige Arbeitgeberleistungen, insbesondere wenn ihre Ähnlichkeit mit betrieblicher Altersversorgung die veränderte Bewertung rechtfertigt oder ein anderweitiger Ausgleich Schwierigkeiten bereitet (S.159-176).
4. Grundsätzlich kann eine bestimmte Ausgleichsquote festgelegt werden. Die einverständliche Bewertung von betrieblicher Altersversorgung wird an Zweifel über Bestand, Höhe und Beständigkeit, an Realisierungsrisiken oder an unterschiedlichen Leistungsumfang anknüpfen; der Weg eines klärenden Zwischenstreits erscheint häufig nicht gangbar. Meist lassen sich auch schon unterschiedliche Auswirkungen der Versorgungen bei Besteuerung und Krankenversicherung absehen. Bei Gesamtversorgungssystemen bleibt den Ehegatten die Wahl unter den verschiedenen Bewertungsmethoden überlassen (S. 177-193).

Die feste Altersgrenze einer Versorgungsregelung gibt Anlass zu Vereinbarungen, wenn bei nicht linearer Versorgung die Berechnung der Versorgung ausnahmsweise von § 2 BetrAVG abweicht. Eine einverständliche

Festlegung der Betriebszugehörigkeit ist bei ungeklärten Zeiträumen sowie dann angemessen, wenn entgegen der Annahme des Gesetzes die Versorgung nicht eigentlich auf der Betriebszugehörigkeit beruht. Mit Vereinbarungen über die Dauer der Ehezeit können insbesondere Zeiten des Getrenntlebens ausgeklammert werden (S. 193-201).

Betriebliche Altersversorgung ist selbst bei Anpassung im Anwartschaftsstadium entsprechend § 16 BetrAVG nicht volldynamisch. Da sie regelmässig zwischen statischer und volldynamischer Versorgung liegt, ergibt weder die Umrechnung durch die BarwertVO, noch die unmittelbare Einstellung eine "richtige" Bewertung. Die der BarwertVO beigegebenen Tabellen müssen pauschalisieren. Ihre schematische Anwendung wird dem Wert der Versorgung nicht immer gerecht. Den Ehegatten bleibt in diesen Fällen ebenso wie beim gänzlichen Fehlen von Bewertungskriterien ein Beurteilungsspielraum (S. 201-216).

5. Vereinbarungen über die Durchführung des Versorgungsausgleichs können sich insbesondere auf die Modalitäten der Einzahlungspflicht (zeitweiliges Ruhen, Selbsteinzahlung mit Erstattungsregelung, Zulassung der Aufrechnung) erstrecken. Das gegenseitige Auskunftsrecht darf erweitert oder konkretisiert, nicht aber eingeschränkt werden, während das gerichtliche Verfahren nur über das materielle Recht beeinflussbar ist. Vereinbarungen über die Vollstreckung und Sicherung des Einzahlungsanspruchs dürfen weder die prozessualen Vollstreckungsbeschränkungen ausschliessen, noch die Durchführung des Versorgungsausgleichs unangemessen erschweren (S. 217-227).

Bei Vorbehaltsklauseln (Rücktrittsrecht, Bedingung, Befristung) muss im Zeitpunkt der Genehmigung der Parteivereinbarung deren Bestand grundsätzlich sicher sein. Möglich erscheinen vorsorgliche Regelungen, die den Wertausgleich unberührt lassen (S. 228-233).

Vereinbarungen können schliesslich auch den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich, insbesondere die Ausgleichsrente nach § 1587 g betreffen. Praktische Bedeutung besitzt vor allem der Ausschluss des Abfindungsanspruchs. Prinzipiell bestehen dieselben Vereinbarungsgrenzen wie beim Wertausgleich. Vereinbarungen sind mindestens bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich zulässig (S. 234-239).

- III. 1. Vereinbarungen durch Ehevertrag nach § 1408 II müssen mehr als 1 Jahr vor dem Scheidungsantrag liegen. Obwohl die formale Regelung der Jahresfrist den mit ihr verfolgten Zwecken nicht voll gerecht werden kann, setzt sie sich in aller Regel durch, z.B. auch dann, wenn ein Ehegatte den anderen über seinen fehlenden Ehewillen getäuscht hat. Vereinbarungen nach § 1408 II und § 1587 o können nebeneinander geschlossen werden, eine Umdeutung scheidet freilich aus (S.240-247).

§ 1408 II eröffnet nicht nur den vollständigen Ausschluss, sondern auch Teilausschluss oder Modifikation des Versorgungsausgleichs. Der Umfang der Regelungsbefugnis reicht ebenso weit wie bei § 1587 o (aber ohne Angemessenheitsprüfung). Einerseits kommt dem Wortlaut der Bestimmung keine besondere Bedeutung zu, andererseits kann die berechtigte Forderung nach Rechtsklarheit nur bedeuten, dass die Auswirkungen der Vereinbarung im Versorgungsausgleich eindeutig sind. Vor allem sollen die Ehegatten auch ihre Versorgung bereits im Friedensstadium umfassend regeln dürfen (S. 247-252).

Im einzelnen können u.a. Vereinbarungen über die Durchführungsform, einschliesslich der Begründung einer Einzahlungspflicht und der Verständigung auf den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich, oder über die Einstellung von Versorgungswerten geschlossen werden. Manipulationsgefahr und Belastung der Solidargemein-

schaft erhöhen sich gegenüber § 1587 o nicht. Dasselbe gilt für Vereinbarungen über die Höhe des Ausgleichs, denen wohl besondere Relevanz zukommt. Vorbehaltsklauseln sind zulässig, wenn sich der Vorbehalt auf die Zeitspanne bis zu einer Ehescheidung bezieht. Grössere Bedeutung als bei § 1587 o besitzt die Modifikation einzelner Voraussetzungen des Versorgungsausgleichs (S.253-262).

2. Vereinbarungen aufgrund der Übergangsregelung des Art 12 Nr.3 Abs.3 1.EheRG verlangen entweder eine Abfindung (erster Fall) oder verweisen lediglich auf die vom Gesetz zur Verfügung gestellten Vereinbarungsarten der §§ 14o8 II, 1587 o (zweiter Fall). Daher konnte der Versorgungsausgleich nicht ohne weiteres durch formlose Vereinbarung abbedungen werden (S. 263-265).

- IV. 1. Der Träger der betrieblichen Altersversorgung kann in die Durchführung des Versorgungsausgleichs einbezogen werden, indem er den zur Einzahlung erforderlichen Kapitalbetrag zur Verfügung stellt. Eine Teilabfindung der Versorgung ist bei bestehendem Arbeitsverhältnis unbeschränkt zulässig. Bei beendetem Arbeitsverhältnis bestehen über § 3 BetrAVG hinaus jedenfalls dann keine Bedenken, wenn die Abfindung zu einer gleichwertigen Altersversorgung der Ehegatten eingesetzt wird. Aus der Höhe der Abfindung resultiert regelmässig keine zusätzliche finanzielle Belastung des Arbeitnehmers (S.266-274).

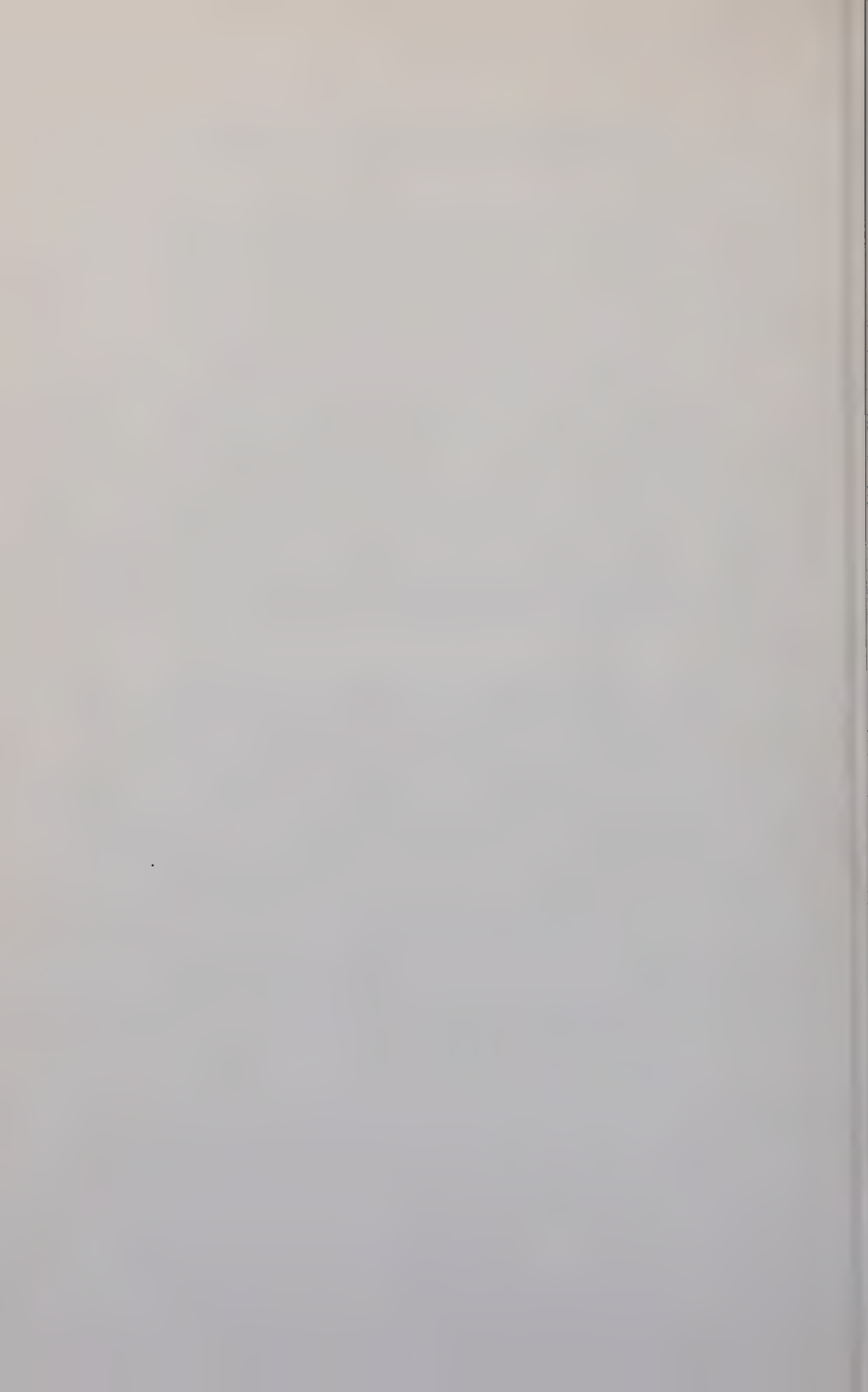
In Betracht kommt auch die Gewährung eines Arbeitgeberdarlehens zu dem genannten Zweck. Unabhängig von der Vereinbarung einer Sicherung aus der Versorgungswartschaft ist der Arbeitgeber durch das Aufrechnungsprivileg der §§ 392, 406 regelmässig ausreichend geschützt. Soweit dem Betriebsrentner oder seinem geschiedenen Ehegatten aufgrund der vom Versorgungsträger ermöglichten Einzahlung laufende Leistungen zustehen, entfällt der Aufrechnungsschutz

des § 394 gegenüber den Versorgungsansprüchen des Betriebsrentners (S. 274-280).

Arbeitgeber bzw. Versorgungsträger können Einzahlungen nach § 1587 b III oder § 1587 o mit oder ohne Zustimmung des Arbeitnehmers selbst vornehmen und eine Bereiterklärung abgeben (S. 281-283).

2. Der Realteilung der betrieblichen Altersversorgung zwischen den Ehegatten in Gestalt einer Abtretung von Versorgungsansprüchen an den Berechtigten stehen die Abtretungsverbote der §§ 399, 400 wegen der entsprechenden Anwendbarkeit von § 1587 i II nicht entgegen. Freilich bestehen bei Parteivereinbarungen im Rahmen des § 1587 o II 4 ähnliche Bedenken wie gegen die Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs (S. 284-291).

Eine eigenständige Versorgung entsteht, wenn der Arbeitgeber Anrechte der betrieblichen Altersversorgung für den Berechtigten begründet. Dies ist nur durch die Abgabe einer Versorgungszusage zu erreichen, kommt daher praktisch nur dann in Betracht, wenn der Berechtigte bei demselben Arbeitgeber beschäftigt ist. Da für gesetzliche Unverfallbarkeit und Insolvenzsicherung die Voraussetzungen des § 1 BetrAVG erfüllt sein müssen, ist eine Qualitätsverschlechterung der Versorgung vielfach nicht zu vermeiden. Ein Splitting der Versorgung schon bei der Zusage stösst nach geltendem Recht auf Bedenken (S. 291-296).



L e b e n s l a u f

Am 24. Januar 1949 wurde ich als drittes Kind des Landgerichtsdirektors Dr. Dr. Felix Mikosch und seiner Ehefrau Johanna, geb. Wingenfeld, in Fulda geboren. Nach dem Besuch der Volksschule von 1955 bis 1959 und des altsprachlichen Wilhelm-Dörpfeld-Gymnasiums in Wuppertal-Elberfeld von 1959 bis 1967 legte ich am 4.7.1967 die Reifeprüfung ab. Vom WS 1967/68 ab studierte ich in Freiburg i.Br. Rechts- und Politikwissenschaft und bestand hier am 29.11.1972 das Erste juristische Staatsexamen. Anschließend trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg in Freiburg i.Br. und war gleichzeitig (1973-74) wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für ausländisches und internationales Privatrecht der Universität Freiburg bei Professor Dr. Dr. Müller-Freienfels. Am 18.12.1975 bestand ich in Stuttgart das Zweite juristische Staatsexamen. Seit dem 3.11. 1975 bin ich wissenschaftlicher Assistent am Institut für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht der Universität Freiburg bei Professor Dr. Manfred Löwisch. Gleichzeitig war ich von 1977 bis 1979 Dozent an der Berufsakademie in Villingen-Schwenningen und freier Mitarbeiter an einer dreizehnteiligen Filmreihe über Arbeitsrecht beim Südwestfunk Baden-Baden. Ab dem 1.4.1981 werde ich als Richter in der Arbeitsgerichtsbarkeit des Landes Baden-Württemberg tätig sein.

Seit 1976 bin ich mit Gabriele Mikosch, geb. Kraft, verheiratet. Unsere zwei Kinder wurden 1978 und 1979 geboren.

